Der Schutz des Kreditverkehrs vor den Gefahren aus zu umfangreichen Sicherungsübereignungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
an der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Hermann Alfred Krotoschiner
Referendar a. D.

Berlin

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Schwarzwald)

Referent: Prof. Dr. Freiherr von Schwerin.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Gliederung.

Teil I.

Seite

Allgemeine Begriffe.

§ 1. A. Die Sicherungsübereignung. 1

B. Der Verstoß gegen die guten Sitten.

§ 2. a) Der Begriff der guten Sitten. 4

§ 3. b) Der Tatbestand des § 138 I BGB. 9

§ 4. c) Der Tatbestand des § 826. 13

§ 5. C. Kreditgewährung, Kreditsicherung sowie Verfolgung eigener Interessen ist im allgemeinen zulässig. 15

Teil II.

Die Sicherungsübereignung als Verstoß gegen die guten Sitten.

A. Knebelungsverträge.

§ 6. a) Die Knebelung als Sittenverstoß — im allgemeinen. 18

§ 7. b) Die wegen Knebelung sittenwidrige Sicherungsübereignung. Ihr objektiver Tatbestand. 20

§ 8. c) § 138 in Anwendung auf die Knebelungsverträge. (Der subjektive Tatbestand). 23

B. Gläubigergefährdung.

§ 9. 1. Knebelung und Gläubigergefährdung. Kredittäuschung und Gläubigerabsperrung. 28

§ 10. 2. Schrifttum und Rechtsprechung zu den Unterscheidungen. 31

§ 11. I. Gläubigergefährdung als Verstoß gegen die guten Sitten. 35

§ 12. II. a) Die Kredittäuschung. 37

§ 13. b) Stellung des Schrifttums zur Gläubigergefährdung und insbesondere zur Kredittäuschung. 41

c) Die einzelnen Voraussetzungen der Kredittäuschung.

§ 14. 1. Der Umfang der Sicherungsübereignung. 45

§ 15. 2. Die Geheimhaltung der Sicherungsübereignung. 48

d) Die Anwendung der §§ 138 I, 826 BGB. auf die Kredittäuschung.

§ 16. 1. § 138 I BGB. — sein subjektiver Tatbestand. 51

§ 17. 2. Die Rechtsfolgen der Anwendung des § 138 I BGB. 56

Seite

§ 18. 3. § 826, der Unterschied gegenüber der Anwendung des § 138 I BGB. 57
§ 19. 4. Besondere Fälle der Kredittäuschung, insbesondere die mala fides superveniens. 59
§ 20. 5. Der Umfang der Ersatzpflicht aus § 826 BGB. 63
§ 21. III. Die Gläubigerabsperrung. 66
§ 22. IV. Die verschiedenen Fälle der Gläubigergefährdung. 68

Teil III.

§ 23. Andere Schutzbestimmungen. 73
§ 24. A. Das Anfechtungsgesetz. 74
§ 25. B. Die Haftungserstreckung (§ 419 BGB.). 79

Teil IV.

§ 26. Das Verhältnis der Bestimmungen zueinander. 91
§ 27. Die praktische Anwendung der Schutzbestimmungen. 93

Schrifttum.

Ackermann, Karl: Die Sicherungsübereignung an Warenlagern. Greifswalder Diss. 1919.
Archiv für Bürgerliches Recht (ArchBürgR.).
Archiv für die zivilistische Praxis (ArchZivPr.).
Asch: Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Rechtsgeschäften zum Nachteil der Gläubiger. in JW. 1912, 65 ff.
„ Die Finanzierungsgeschäfte im Kraftwagenhandel. in „Die Wirtschaft und das Recht" 1929, 395 ff.
Bank-Archiv. Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (BankA.).
Bauer-Mengelberg: Knebelungsverträge. Bd. 19/20, Rechtsfragen der Praxis. Berlin 2. Aufl. 1931.
„ Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung. in JW. 1932, 100.
„ Anmerkung zu RG. in JW. 1931, 2088 p ff., 1932, 2699 ff.
Baumbach, Adolf: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. 1931.
„ Das Erfolgshonorar des Anwalts. in JW. 1927, 2449 ff.
Beyersdorff, Ernst: Die Uebernahme eines Vermögens nach deutschem bürgerlichen Recht (§§ 311, 419 BGB.). Göttinger Diss. 1911.
Biebergeil, Kurt: Vermögensübernahme. Bd. 44 Rechtsfragen der Praxis. Berlin 1931.
Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht, 3. Auflage 1914.
Blomeyer, Karl: Zu §§ 311 und 419 BGB. Treten die Rechtsfolgen des § 419 BGB. auch bei mangelhafter Form des auf die Vermögensübernahme gerichteten Vertrages ein. Jenaer Diss. 1914.
Böhme, Hermann: Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichsgerichts. Leipziger Diss. 1931/32.
Bonnet, Willy: Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern. Tübinger Diss. 1912.
Boschan: Sicherungsübereignung und Gläubigernot, in JW. 1912, 8 ff.
„ Sicherungsübereignung und § 419 BGB. in Recht 1912, 426 ff.
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
Dove: Anmerkung zu RG. in JW. 1921, 1363.
Ehrlich: Die Gefahren der Sicherungsübereignung. Heymann 1932 [1]).
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 13. Aufl. 1931.
Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 11. Aufl. 1930 [2]).
Fachinger, Joseph: Kreditsicherungsrecht. Darmstadt-Leipzig, 1933.
Feilner, Hans: Sicherungsübereignung oder Registerpfand. Hamburger Diss. 1930.
Fischer: Anwendbarkeit des § 826 auf die Sicherungsübereignung, in BankA. 11, 103 ff.
„ Sicherungsübereignung als Verstoß gegen § 826, in BankA. 13, 100 ff.
„ Anmerkung zu RG. in JW. 1921, 1363.
Frank: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 18. Aufl. 1931.
Friedlaender, Max: Gerichte und Standesauffassung, in JW. 1927, 497 ff.
Fuchs: Besprechung von Walter Jellinek, Rektoratsrede, in JW. 1929, 23.

[1]) Dieses Werk hat keine Berücksichtigung mehr gefunden.

[2]) Die 12. Aufl. 1932 stimmt für die hier benützten Stellen mit der 11. Aufl. welche während der Arbeit gebraucht wurde, überein.

Geiler, Karl: Die Konkretisierung des Rechtsgebotes der guten Sitten im modernen Wirtschaftsrecht, in der Festschrift für Pinner zu seinem 75. Geburtstage Berlin 1932. S. 254 ff.

Gerhard: in Recht und Leben, Beil. der Vossischen Zeitung Nr. 44 vom 3. November 1932.

Gierke, Otto: Schuldnachfolge und Haftung, in der Festschrift für Martitz, 1911.

Gottschalk: Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung, in JW. 1932, 1716 ff.

Groß, Jakob: Das Recht der Sicherungsübereignung nach § 930 BGB. Berlin 1932.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Gruch.).

Grunau: Sicherungsübereignung und Knebelungsvertrag, in Blätter für

Hedemann, Justus Wilhelm: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Jena
Genossenschaftswesen, 1928, 156 ff.

Hamelbeck, Bernhard: Die Sicherungsübereignung nach geltendem Recht. 1929.

Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift (HansRGZ.).

Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts. 1930.
„ Grundriß des Schuldrechts. 1929. Tübingen.
„ in ArchZiv.Pr. 122, 203 ff.
1929.

Höbel, Heinrich: Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in ihrer Abstellung auf den Zweck. Erlangen Diss. 1931

Höchstrichterliche Rechtsprechung. Entscheidungssammlung (HRR.).

Hoeniger, Heinrich: Die Diskontierung von Buchforderungen. Mannheim-Leipzig 1912 (Diskontierung).
„ Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Mannheim-Leipzig. 2. Aufl. 1912 (Hoeniger, Sü.).
„ Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware, in JW. 1927. 11 ff.
„ Die Sanierung der Sicherungsübereignung, in BankA. 26, 265 ff.
„ Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung, in JW. 1931, 3060.
„ Anmerkung zu RG. in JW. 1928, 53; 1930, 2927; 1931, 516.

Jacusiel, Alfred: Die Sicherungsübereignung. Berlin 1928.

Jaeger, Ernst: Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses. Kommentar. Berlin 1905 (Jaeger, AnfGes.).
„ Kommentar zur Konkursordnung. 6./7. Aufl. 1931 (Jaeger).
„ Anmerkung zu RG. in JW. 1916, 476.

Juristische Wochenschrift (JW.).

Klang: in Verhandlungen des 3. deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei S. 81 ff.

Koch, Arwed: Der Warenkredit der Banken und seine Sicherstellung. Berlin 1922 (Koch 1922).
„ Kredit im Recht. Jena 1925 (Koch 1925).
„ Banken und Bankgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse. Jena 1931 (Koch 1931).

Konkurs und Treuhandwesen. Monatsschrift für Wirtschaft und Recht (KuT.).

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ.).

Luetgebrune, Walter: Die Sicherungsübereignung (ein Konstruktionsversuch). Freiburger Diss. 1906.
Mann: Anmerkung zu RG. in JW. 1932, 2280 ff.
Mansee, Hans: Sicherungsübereignung von Warenlagern. Rostocker Diss. 1914.
Martin, Emil: Durchbrechung des Grundsatzes der dinglichen Einigung durch die Rechtsprechung, in „Der Referendar" 1933, 39 ff.
Mentzel, Franz: Kommentar zur Konkursordnung. 3. Aufl. 1928.
Mohn, Ludwig: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. Berlin 1919.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Mot.).
Neukamp: Die Sicherungsübereignung, in BankA. 15, 113 ff.
Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Aufl., 1927. Recht d. Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929.
„ Gute Sitten und Sozialpolitik, in DJZ. 1911, Sp. 435 ff.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches (Prot.).
Das Recht (Recht). Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLGRspr.).
Reichel, Hans: Die Schuldmitübernahme, in Fischer, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß 1909.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtliche Sammlung (RG.).
RGRKomm. Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. 7. Aufl. 1929.
Rosenthal, Heinrich: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. 13. Aufl. 1931.
Rosenthal: Besprechung zu RG. in JW. 1921, 1363, HansRGZ. 1922, Sp. 633.
Rühl, Hellmut: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. Berlin 1930.
„ Anmerkung zu RG. in JW. 1931, 2173.
Schäfer: Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung, in Arch. BürgR. 38, 1 ff.
Schaefer, Paul: Die Einzelgläubigeranfechtung. Berlin 1930.
Scheuing, Rudolf: Der Knebelvertrag. Tübinger Diss. 1930.
Schirdewahn, Günther: Kreditsicherung durch Begründung von Miteigentum, in Zeitgemäße Bankrechtsfragen, Festgabe der Disconto-Gesellschaft zum 70. Geburtstage des Herrn Dr. iur. A. Salomonsohn, Berlin 1929.
Schleswig-Holsteinischer-Anzeiger (Schlesw.Holst.Anz.).
Schönfeld, Bruno: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Göttinger Diss. 1912.
Schulin, Paul: in Recht und Leben. Beil. d. Voss. Ztg. Nr. 50 vom 15. Dezember 1932.
Schwartz: in „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht", herausgegeben von der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1931.
von Schwerin, Claudius: Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge. München 1905.
Senf, Walter: Sicherung des Gläubigers durch Eigentum. Hirschberg 1930.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (SeuffA.).
Siller: Anmerkung zu RG. in JW. 1932, 3181 ff.
Simonson: Von Kredittäuschungen, in BankA. 32. 41 ff.
Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. 1931.
„ Jahrbuch des Zivilrechts (Soergel Rspr.).

Stammreich, Ilse: Die dingliche Sicherung der Darlehns- und Bierlieferungsverträge. Nürnberg 1932.
Staub (Pinner-Bondi): Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. I. Bd. 1932; III. Bd. 1933.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. I. Bd. 1925; II. Bd. 1919; II. Bd. 1926.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 14. Aufl. 1929.
Stern, Walter: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Marburger Diss. 1913.
Stulz, Günter: Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht. Berlin 3. Aufl. 1932.
„ Anmerkung zu RG. in JW. 1932, 1965 ff.
von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I 1910; Bd. II, 1 1914; Bd. II, 2 1918.
„ Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag in ArchZivPr. 120, 1 ff.
„ Anmerkung zu RG. in JW. 1925, 470.
Walther, Richard: Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung. Leipziger Diss. 1917.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Anfechtungsgesetz. 2. Aufl. 1931. (Warneyer, AnfGes.).
„ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl. Tübingen 1930. (Warneyer).
Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (RG. Warn.).
Weinhausen, Hans: Die Sicherungsübereignung. 4. Aufl. Berlin 1932. Anmerkung zu RG. in JW. 1932, 2703 ff.
Weißler: Zur Frage der Sicherungs-Uebereignung in DNotV3. 1911, 546 ff.
Wilmersdoerffer, Ernst: Sicherungsübereignung, in Handels- und Industrie-Zeitung der Münchner Neuesten Nachrichten Nr. 269 vom 3. Oktober 1932.
Winckler: Anmerkung zu RG. in DJZ. 1932, Sp. 1281.
Die Wirtschaft und das Recht. Zeitschrift (WuT.)
Wolff, Martin: Sachenrecht. Marburg 1929.
Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (WürttZR.).
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (DNotVZ.).
Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. Berlin 1931.

Teil I.

Allgemeine Begriffe.

§ 1. Die Sicherungsübereignung.

Neben den Kreditsicherungsmitteln, die im Bürgerlichen Gesetzbuche eine eingehende Regelung erfahren haben, wie die Bürgschaft und Pfandrechte jeder Art, sind noch zwei andere Rechtsfiguren zu immer größerer Bedeutung im Kreditverkehr gelangt, der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung. Während die rechtliche Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts sich klar und eindeutig aus der Regelung des § 455 BGB. ergibt und diese Bestimmung auch einen Anhalt für die Begriffsbestimmung jener Rechtsfigur bietet, finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuch keine solche Stütze für die Sicherungsübereignung. Der hierfür oft angeführte § 223 II BGB. ist nicht für einen unbedingt klaren und zwingenden Nachweis der Zulässigkeit der Sicherungsübereignung geeignet [1]); ebensowenig ist dies die Tatsache, daß bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches die zweite Kommission einen Antrag, die Sicherungsübereignung für unzulässig zu erklären, abgelehnt hat [2]), denn die Ansichten und Absichten des Gesetzgebers sind nur insoweit Gesetz geworden, wie sie in dem Texte des Gesetzes ausdrücklich niedergelegt worden sind.

Das Reichsgericht und ihm folgend die unteren Gerichte haben in dauernder Rechtsprechung die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung bejaht [3]). Auch im Schrifttum ist der grundsätzliche Widerspruch langsam verstummt [4]), und ist es anerkannt worden, daß zumindesten durch

---

[1]) Feilner S. 31; Groß S. 6; Hoeniger Sü. S. 39; Weinhausen S. 31.

[2]) Prot. III S. 197/98.

[3]) RG. 57, 177; 59, 146; RG. Warn. 1916 Nr. 43, vgl. Schäfer ArchbürgR. 38,1 ff. mit weiteren Anführungen. In RG. 62, 126/130, RG. Warn. 1910 Nr. 448 ist das Reichsgericht sogar soweit gegangen, eine Pfandbestellung, die wegen der Vereinbarung eines Besitzmittelungsverhältnisses anstelle der nach §§ 1205/6 erforderlichen Besitzeinräumungen keine Rechtsgültigkeit hatte, in die Vereinbarung einer Sicherheitsübereignung umzudeuten.

[4]) Man greift die Sicherungsübereignung nicht mehr de lege lata an, sondern macht Reformvorschläge de lege ferenda; insbesondere wird die Einführung eines Registerpfandrechtes an Stelle der abzuschaffenden Sicherungsübereignung empfohlen; statt vieler vgl. Feilner und Klang a. a. O.

den dauernden Gerichtsgebrauch eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung dieser Rechtsfigur erfolgt ist [5]). Aus der Gesetzgebung der neueren Zeit geht hervor, daß auch der Gesetzgeber die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung anerkennt bezw. voraussetzt [6]).

Die Sicherungsübereignung im weiteren Sinne ist die zur Sicherung einer Forderung erfolgende Uebertragung von Vermögenswerten des Schuldners — Sicherungsgebers [7 a]) — auf den Gläubiger — Sicherungsnehmer [7 b]) — derart, daß nach Erlöschen der Forderung der Vermögenswert an den Sicherungsgeber zurückfällt oder zurückzuübertragen ist [8]).

Für die Fragen, mit denen wir uns beschäftigen wollen, erscheint es angezeigt, diese weitere Begriffsbestimmung zu wählen und nicht eine engere, die nur die Uebertragung beweglicher Sachen (Uebereignung im eigentlichen Sinne) berücksichtigt [9]). Wir wollen hier nur einen — allerdings den praktisch weitaus häufigsten und wichtigsten — Fall dieser Sicherungsübereignung betrachten [10]). Wenn wir hier von Sicherungsübereignung sprechen, dann ist damit die Uebertragung von Vermögenswerten zur Sicherung in der Form, daß die tatsächliche Herrschaftsgewalt (Verfügungsgewalt) über die zur Sicherung übereigneten Werte beim Schuldner — Sicherungsgeber — verbleibt, gemeint; d. h. also, daß der Schuldner bei beweglichen Sachen in deren unmittelbarem Besitze verbleibt, bei Forderungen die Einziehungsbefugnis behält [11]),

---

[5]) Ackermann S. 20; Groß S. 18 ff.; Hamelbeck S. 8; Weinhausen S. 45 ff., Wolff § 163 I 1 d zu Anm. 16. Sogar der erbittertste Gegner der Sicherungsübereignung, Hoeniger, hat erklärt. sich mit der Zulassung der Sicherungsübereignung als einer Gegebenheit abfinden zu müssen: BankA. 26 a. a. O. 265, 296; JW. 1927 S. 627, 1928, 53.

[6]) § 22 d. Ges. betr. die Ermöglichung d. Kapitalkreditbeschaffung f. landwirtschaftl. Pächter v. 9. Juli 1926 (RGBl. 1, 399),in § 18 d. Ges. über den Vergleich zur Abwendung d. Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juni 1927 (RGBl. 1, 139), in § 266 a HGB. in der neuen Fassung nach der sog. Aktiennovelle, der VO. d. Reichspräs. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. 1, 493) sowie § 2 IV d. VO. über den Kraftfahrzeugverkehr vom 10. Mai 1932 (RGBl. 1, 201).

[7]) a. oder eines Dritten
b. oder eine von ihm zu bestimmende Stelle (Treuhänder)
diese Erweiterungen kommen für die uns beschäftigenden Fälle nicht in Betracht.

[8]) Groß S. 3.

[9]) Jacusiel S. 7; Groß S. 4.

[10]) Jacusiel a. a. O. beschränkt seine Begriffsbestimmung der Sicherungsübereignung auf diesen Fall.

[11]) RG. Warn. 1933, S. 125, erklärt die Abtretung mit Recht dann für ungültig, wenn die Einziehungsbefugnis für i m m e r bei dem Schuldner bleiben sollte, der Sicherungsnehmer nie voll und ganz Verfügungsberechtigter werden konnte. Hier ist auch keine Sicherungsabtretung, sondern nur die Schaffung eines Konkursvorrechtes, welches die KO. nicht kennt, von den Parteien beabsichtigt.

Patente weiter nutzen darf, das Recht als solches aber auf den Gläubiger — Sicherungsnehmer — übertragen wird.

Diese Form der Uebertragung bietet dem Schuldner die Möglichkeit, Gegenstände die er nicht weggeben und also nicht gemäß §§ 1204 ff., 1205/6, 1274 BGB. verpfänden kann [12]), trotzdem als Kreditunterlage verwenden zu können. Ebenso ist es für den Schuldner vorteilhaft, daß diese Art der „Pfandbestellung" schwer zu erkennen ist und somit seine Kreditaufnahme nicht öffentlich bekannt zu werden braucht.

Trotzdem die Rechtsprechung sehr strenge Erfordernisse für die Gültigkeit einer Sicherungsübereignung aufgestellt hat — bei der Sicherungsübereignung im engeren Sinne müssen die übereigneten beweglichen Sachen mit Bestimmtheit bezeichnet sein und nicht nur bestimmbar sein [13]); es muß ein gültiges Besitzmittlungsverhältnis vereinbart sein [14]); bei der Sicherungsabtretung (insbesondere zukünftiger Forderungen) wird eine Konkretisierung streng erfordert [15]), — wurde es notwendig, mißbräuchlicher Benutzung oder richtiger gesagt Ausnutzung dieses Instituts dadurch, daß häufig den Kreditnehmern durch übermäßig umfangreiche Sicherungsübereignungen zugunsten der Kreditgeber fast ihr gesamtes Vermögen entzogen wurde, einen Riegel vorzuschieben. Derselbe 7. Senat des Reichsgerichts, der zuerst für unser jetzt geltendes Recht die Sicherungsübereignung als Sicherheitsbestellung anerkannt und zugelassen hat [16]), hat auch als erster die damit für den redlichen Verkehr verbundenen Gefahren erkannt und eine Sicherungsübereignung, die übermäßig viel von dem Vermögen des Kreditnehmers ergriff, als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen [17]).

Zwei Hauptgesichtspunkte sind es, aus denen sich eine Sicherungsübereignung von zu großem Umfange als ein Verstoß gegen die guten Sitten darstellen kann: Knebelung des Schuldners, wenn sich der Sittenverstoß gegen diesen richtet, indem seine wirtschaftliche Freiheit und Selbständigkeit in zu starkem Maße beschnitten wird, und Gläubigergefährdung, wenn sich die Unsittlichkeit der Sicherungsübereignung aus der Verletzung der Interessen dritter an dem Kreditgeschäft nicht beteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers ergibt. Daß

---

[12]) weil er sie z. B. zur Fortführung seines Geschäftsbetriebes gebraucht: Maschinen, die der Fabrikation dienen; Waren, die sich im Verarbeitungsgange befinden oder für den sofortigen Verkauf bereitgestellt bleiben müssen. Bei einem Privatmann wäre als bestes Beispiel die Wohnungseinrichtung zu nennen.

[13]) Groß S. 23 ff. statt vieler.

[14]) Groß S. 31 ff.

[15]) RG. 67, 168; eine allgemeine Bestimmung dahin, daß alle zukünftigen Geschäftsaußenstände abgetreten würden, genügt nicht.

[16]) RG. 57, 177; 59, 146. Für das frühere Recht RG. 2, 168; 13, 200; 26, 182.

[17]) RG. JW. 1911, 324 = RG. Warn. 1911 Nr. 182 = DJZ. 1911, 649.

man diese Unterscheidung machen muß, was nicht immer anerkannt worden ist, wird unten näher dargelegt werden [18]); auch könnte man streiten, ob gerade Gläubigergefährdung der richtige Ausdruck ist, um damit alle Tatbestände zu bezeichnen, bei deren Vorliegen aus dem Interesse Dritter, der außenstehenden Gläubiger, heraus eine Sicherungsübereignung als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden muß; wir werden unten [19]) sehen, warum gerade dieser Ausdruck als der geeignetste erscheint. Auf dem Gebiete der wegen übermäßigen Umfanges gegen die guten Sitten verstoßenden Sicherungsübereignungen herrscht überhaupt ein ziemliches Durcheinander in dem Gebrauch der einzelnen Ausdrücke; Knebelung, Schuldknecht, Werkzeug, Geschäftsführer, Scheinexistenz, Strohmann, stille Geschäftsinhaberschaft, Gläubigerabsperrung, Kredittäuschung, Aussaugung werden teils als Synonyma zur Bezeichnung ein- und desselben Tatbestandes unter dem gleichen Gesichtspunkte herangezogen, teils werden die feinsten Unterscheidungen zwischen diesen Begriffen gemacht, teils ist der eine Oberbegriff, die anderen die verschiedenen Unterbegriffe. Aehnlich liegen die Verhältnisse für den häufig mit Bezug auf den auf Seiten des Sicherungsnehmers erforderlichen subjektiven Tatbestand angewandten Begriff des „guten Glaubens“. Einmal bezieht sich dieser gute Glaube auf die Kenntnis von der Eigenschaft seines Handelns, gegen die guten Sitten zu verstoßen als solche, ein andermal bezieht sich der gute Glaube auf die Tatumstände aus deren Kenntnis die Kenntnis der Sittenwidrigkeit gefolgert wird, bei deren Nichtkennen es aber an dem erforderlichen subjektiven Tatbestand mangelt; oder es wird mit „gutgläubig“ bezeichnet, daß der Sicherungsnehmer irrig das Vorliegen von Umständen annahm, bei deren Vorhandensein allerdings eine sittenwidrige Handlungsweise nicht gegeben wäre. Selbst bei der Feststellung der Rechtsfolgen der gegen die guten Sitten verstoßenden Sicherungsübereignungen ist von den Gerichten nicht immer ganz sauber gearbeitet worden.

Der Verstoß gegen die guten Sitten.

§ 2. Der Begriff der guten Sitten.

Einem Kreditsicherungsgeschäft, das vermittels einer umfangreichen Sicherungsübereignung durchgeführt wird, kann der von den Beteiligten erstrebte Erfolg ganz oder teilweise versagt sein, da ihn die Rechtsordnung, zumindesten so, mißbilligt. Die zu umfangreiche Sicherungsübereignung kann der Gläubigeranfechtung unterliegen, sie kann als Vermögensübernahme die Haftungserstreckung des § 419 BGB. nach

[18]) s. unten § 9 S. 30 ff.

[19]) s. unten § 9 S. 28/29.

sich ziehen, sie kann als gegen die guten Sitten verstoßend gemäß § 138 Abs. 1 BGB., nichtig sein oder gemäß § 826 eine Schadensersatzpflicht auslösen.

Die bedeutsamsten Waffen in dem Kampfe (der Respr.) gegen die zu umfassenden Sicherungsübereignungen sind die §§ 138, 826 BGB., die an das Vorliegen einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungsweise anknüpfen; wir wenden uns darum zunächst diesen Bestimmungen zu, die den Begriff der „guten Sitten" bezw. „des Verstoßes gegen die guten Sitten" als Tatbestandsmerkmal verwenden, und werden uns dann mit der Anwendung des § 419 BGB. und der Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes sowie anderer vielleicht in Frage kommender Vorschriften auf die zu umfangreichen Sicherungsübereignungen beschäftigen. Es wird dann auch das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander untersucht werden.

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der „guten Sitten" hier und in anderen Bestimmungen als M a ß st a b [1]), obwohl man nicht gerade behaupten kann, daß er uns damit als Werkzeug einen sehr klaren und feststehenden M a ß st a b in die Hand gegeben hat; im Gegenteil wird betont, daß die Grenze zwischen dem, was auf dem Gebiete der Sitten noch erlaubt und dem, was unstatthaft ist, fließe, und es immer von den Umständen des Einzelfalls abhängen werde, ob eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise vorliege oder nicht [2]). Gerade die Fälle der Kreditsicherung durch weitgehende Sicherungsübereignungen liegen, wie eine Betrachtung der Rechtsprechung zeigt, meist an der Grenze, und es sind oft nur sehr feine Unterscheidungen, die lediglich aus dem Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten gefunden und abgeleitet werden müssen, die für die Beurteilung einer derartigen Rechtshandlung von ausschlaggebender Bedeutung sein können.

Die „guten Sitten" sind von dem Gesetzgeber nicht in dem Sinne „Sitte" gleich „Konventionalregel" gebraucht, sondern es ist auf die moralischen Vorstellungen und Empfindungen der für die Handlung in Frage kommenden Zeit abgestellt worden [3]), und nicht der Zeit, zu der das Gesetz erlassen wurde [4]). Die Prüfung der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten gegeben ist, untersteht dem richterlichen Er-

---

[1]) Im RGRKomm. § 826 Anm. 2 wird der „Verstoß gegen die guten Sitten" sogar als o b j e k t i v e s Tatbestandsmerkmal bezeichnet.

[2]) RG. 85, 344 = JW. 1915, 30; RG. JW. 1917, 282; Ackermann, S. 88.

[3]) Enneccerus-Nipperdey § 178 Anm. 3; Staudinger § 138 Bem. I 2 d.

[4]) Daraus, daß die Moralanschauung zeitgebunden ist, und der Gesetzgeber nicht auf die Moralanschauung einer bestimmten Zeit abgestellt hat, ersehen wir, daß der Begriff der guten Sitten ebenso wie die Moralanschauung im Laufe der Zeit Wandlungen unterworfen ist. Vgl. auch RG. v. 10. 3. 1933, II 357/32.

messen[5]); der Richter hat aber nicht nach seinen (eigenen) besonderen moralischen Anschauungen oder nach denen der jeweiligen Prozeßparteien oder derjenigen, welche die in Frage stehenden Handlungen vorgenommen haben, zu entscheiden[6]); ebensowenig darf er auf die Lehren einer bestimmten Klasse oder Partei abstellen; sondern er soll nach der Denkweise der gesamten Nation[7]), nach dem „geläuterten Volksbewußtsein", dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" — wie die vom Reichsgericht entwickelte Formel lautet — entscheiden[8]). Als Maßstab kann weder die geläuterte Gesinnung eines vornehm denkenden Mannes angelegt werden[9]), noch die laxe Auffassung gewisser Kreise in Frage kommen[10]), selbst wenn diese sich dort schon zur Sitte — oder vielmehr Unsitte — ausgebildet haben sollte[11]). Für die Anforderungen, die die Rechtsordnung stellt, kann allerdings nur dasjenige Maß sittlichen Verhaltens ausschlaggebend sein, ohne das man sich dem allgemeinen Tadel aussetzt[12]); es wird also auf das Minimum des allgemeinen Moralempfindens abgestellt[13]). Es können auch die Anschauungen der in Frage kommenden Kreise und Stände bei der Beurteilung mit in Betracht gezogen werden, sofern sie mit dem allgemeinen Volksbewußtsein nicht in Widerspruch stehen[14]); ja, es wird häufig sogar die allgemeine Volksmeinung sein, daß in bestimmten Fällen an die Handlungen gewisser Kreise ein höherer Maßstab angelegt werden müsse[15]).

[5]) Es handelt sich hier allerdings nicht um eine Tatfrage, sondern um eine Rechtsfrage, in welcher das freie richterliche Ermessen zu entscheiden hat; diese Entscheidung unterliegt darum der Revision. RG. 48, 129; 63, 391; 128, 95; Enneccerus-Nipperdey § 178 Anm. 4; Stein-Jonas § 549 Bem. II B 3 zu Anm. 46/48; **a. M.** Baumbach, ZPO. (6. Aufl.) § 550 Bem. 2 B letzt. Abs. 2. Beisp.

[6]) denn diese zu schützen, ist nicht Selbstzweck, sondern sie genießen nur Schutz, wenn und soweit es im Interesse der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung notwendig ist.

[7]) RG. 80, 221.

[8]) RG. 48, 124; 55, 373; 85, 345; RG. Warn. 1931 Nr. 167. RG. JW. 1917, 282; Enneccerus-Lehmann § 230 II 3; Enneccerus-Nipperdey § 178 I; v. Tuhr II 2 § 70 (S. 23).

[9]) RG. 55, 373.

[10]) RG. 58, 217.

[11]) RG. 48, 125; 55, 373; Enneccerus-Lehmann § 230 II 3 b; Rühl S. 280.

[12]) RG. 73, 113; RG. Warn. 1919 Nr. 63.

[13]) v. Tuhr II 2 § 70 zu Anm. 13 (S. 23): „Die Rechtsordnung . . . muß sich damit begnügen, durch Versagen des Rechtsschutzes ein Minimum von sittlicher Handlungsweise im rechtlichen Verkehr zu erzwingen".

[14]) RG. 66, 143; 83, 114; RG. JW. 1931, 1179.

[15]) So an das Verhalten des ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkehr, RG. 48, 125; vgl. auch RG. 90, 437 u. 70, 339.

Für den Fall der unsittlichen Sicherungsübereignung vgl. RG. 85, 346, wo es heißt „eines redlichen Geschäftsmannes" und RG. 97, 255, wo auf die Anschauung der Gewerbe- und Handelskreise, dem die Beteiligten angehören, verwiesen wird.

Wie häufig ausgesprochen wird, ist mit diesen von der Rechtsprechung geschaffenen Richtlinien nicht viel anzufangen[16]; gerade in den schwierigen Fällen, die hart an der Grenze zwischen moralischem und unmoralischem Verhalten liegen, bestehen die größten Schwierigkeiten, das „allgemeine Volksbewußtsein", die „Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen" festzustellen; bei fast jeder Entscheidung wird die Gegenmeinung zum mindesten auch in Erwägung zu ziehen sein, woraus die Schwierigkeit der Beurteilung deutlich hervorgeht. Es sei hier nur auf die Entscheidungen des Reichsgerichts über das Erfolgshonorar für die Bemühungen eines Rechtsanwaltes verwiesen, wo das Reichsgericht sich im Gegensatz zu der Auffassung der Anwaltsorganisationen und Ehrengerichte stellte und angenommen hat, daß eine solche Vereinbarung gegen die guten Sitten, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen verstoße[17]. Wenn man weiter darauf achtet, wie häufig das Reichsgericht das, was ein Vorderrichter unbeanstandet gelassen hat, als den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden widerstreitend bezeichnet, dann können die ärgsten Zweifel auftauchen, ob es überhaupt eine allgemeine Volksmoral gibt[18]. Praktisch unbrauchbar sind aber diese Richtlinien des Reichsgerichts schon darum nicht, weil wir nichts Besseres an ihre Stelle zu setzen haben und sie geeignet sind, dem Richter einen Weg zu zeigen, welchen er benutzen kann, um abwägen zu können, ob eine Handlung noch im Rahmen der Rechts- und Sittenordnung liegt oder nicht, ohne daß er dann eine Entscheidung auf Grund rein persönlicher Maßstäbe und Ueberlegungen fällen müßte.

Geiler[19] hat sich nun bemüht, nachzuweisen, daß die neuere Rechtsprechung ihre Maßstäbe nicht aus der schwer faßbaren allgemeinen Volksmoral, sondern aus dem besonderen gerade in Frage stehenden Rechtsgebiete entnähme und damit eine festere Grundlage gewonnen hätte. Geiler hat diese Untersuchung nur für das Gebiet des Wettbewerbsrechts durchgeführt; er meint[20], daß sich diese „Konkretisierung des Rechtsgebots der guten Sitten auf das besondere Rechtsgebiet" auch für die sittenwidrigen Kreditsicherungsverträge nachweisen ließe. Ich glaube nicht, daß der von Geiler aufgezeigte Gesichtspunkt uns in der Erkenntnis des Begriffs der guten Sitten fördert. Geiler verkennt, daß gerade im Wettbewerbsrecht das ganze Rechtsgebiet, aus dem der Richter — wie Geiler es will und meint — die Maßstäbe entnehmen soll;

---

16) Bauer-Mengelberg, S. 19 ff.; Baumbach, JW. 1927, 2450; Fuchs, JW. 1929, 23; Scheuing, S. 27.

17) RG. JW. 1927, 513 ff.; vgl. hierzu Baumbach und Friedlaender a. a. O. mit weiteren Verweisen.

18) Geiler a. a. O. S. 255.

19) a. a. O. S. 254 ff.

20) a. a. O. S. 279.

erst von der Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der guten Sitten aufgebaut und entwickelt worden ist, und daß der Gesetzgeber, soweit er im Gebiete des Wettbewerbsrechts Sätze aufgestellt hat, die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln aufgenommen hat. Der Richter, der seinen Begriff der guten Sitten aus diesem speziellen Rechtsgebiete schöpft, nimmt also nur heraus, was eine frühere richterliche Tätigkeit geschaffen und dort niedergelegt hat.

Aehnlich liegen die Verhältnisse bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von unzulässigen Kreditsicherungs- und von Knebelungsverträgen. Rechtslehre und Rechtsprechung sind es, die dem Begriff der guten Sitten eine praktische Bedeutung und einen Inhalt geschaffen haben und immer weiter schaffen müssen. — Was Geiler Konkretisierung des Rechtsgebots der guten Sitten nennt, scheint nur ein Ausdruck dafür zu sein, daß die Praxis sich heute auf vielen besonders den etwas abgegrenzten Einzelrechtsgebieten auf früher gefundene Grundsätze und bereits geschaffene Richtlinien stützen kann, die sie viel häufiger und deutlicher in der Rechtsprechung als in der Gesetzgebung niedergelegt finden wird. — Wo es notwendig ist, neue Probleme zu entscheiden, neue Fragen zu lösen oder alte Lösungen auf ihre Richtigkeit hin nachzuprüfen, muß diese Aufgabe immer wieder aus dem allgemeinen Volksbewußtsein, der durchschnittlichen Moralanschauung, heraus gelöst werden. Wegweiser für diese Prüfung ist der Satz des Reichsgerichts, daß eine Handlung dann mit den guten Sitten übereinstimmt, wenn sie dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" entspricht. Die Bedeutung dieses Satzes liegt darin, daß er dem Richter immer zur Pflicht macht zu prüfen, ob und was für eine allgemeine Anschauung über die Beurteilung des ihm vorliegenden Tatbestandes vorhanden ist, und diese gegebenenfalls seinem Urteil zugrundezulegen. Auch wird der Richter durch die Formulierung des Reichsgerichts daran erinnert, daß es stets die Durchschnittsanschauung, ein Durchschnittsmaßstab ist, den er anzuwenden hat [21].

Außer den — nicht ohne eigene Nachprüfung verwendbaren [22] — Präjudizien gibt es auf dem recht eigentlichen Gebiet der Rechtswissenschaft noch einen Anhaltspunkt — aber eben nur einen Anhaltspunkt, und einen von vielen, nicht wie Geiler meint „der" Anhaltspunkt — für die Findung der für die Beurteilung maßgebenden Anschauungen; das wäre die Prüfung der bestehenden positiven Gesetzesvorschriften auf die in ihnen zum Ausdruck kommenden Anschauungen hin. Gerade das Gesetz ist wohl am besten geeignet, die Anschauung des Volksganzen

[21]) Scheuing S. 22; vgl. oben § 2 S. 6.

[22]) Bauer-Mengelberg S. 53 Anm. 54, JW. 1931, 2088 p; Staudinger § 138 Bem. I 5 a. E., warnen eindringlich vor blinder Befolgung von Präjudizien, einem Präjudizienkult.

wiederzugeben[23]). Es ist auch deshalb notwendig, aus dem Geiste der positiven Rechtsordnung heraus festzustellen, was moralwidrig ist und was nicht, weil es ausgeschlossen erscheint, daß eine Rechtsordnung, welche die „guten Sitten" als Rechtsbegriff verwendet, diesen in einem Sinne verstanden wissen will, der dem Grundgedanken dieser Rechtsordnung nicht entspricht[24]), und weil nur so die Geschlossenheit der Rechtsordnung gewahrt werden kann. Wir werden deshalb im Verlaufe dieser Untersuchungen immer wieder prüfen, ob Rechtsvorschriften bestehen, die einen Hinweis auf die Stellung des Gesetzgebers zu den einzelnen Fragen enthalten[25]).

§ 3. Der Tatbestand des § 138 I BGB.

Die §§ 138 und 826 knüpfen an das Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten an. Der Tatbestand des § 138 I erfordert, daß dieser Sittenverstoß bei einem Rechtsgeschäft vorgekommen ist. Er bestimmt, daß ein solches Rechtsgeschäft nichtig ist. Um beurteilen zu können, ob ein Rechtsgeschäft den guten Sitten, also der allgemeinen Moralanschauung widerspricht, muß nach unbedingt einhelliger Meinung vom Schrifttum[1]) und Rechtsprechung[2]) der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts in Betracht gezogen werden; dieser Gesamtcharakter ergibt sich aus Inhalt, Beweggrund, Zweck und den sonstigen zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorliegenden Umständen. Es ist also für die Anwendung des § 138 notwendig, daß das Gesamtbild (des Rechtsgeschäfts) einen Verstoß gegen die guten Sitten ergibt[3]). Auch die ver-

---

[23]) Man wird bei einer dahingehenden Prüfung aber sorgfältig beachten müssen, ob die zur Beurteilung stehende Frage und die als Anhalt herangezogenen Bestimmungen demselben Rechtskreise entstammen, z. B. wäre die vertragliche Vereinbarung von derartigen Verzugsstrafen als Wucher anzusehen, während als Steuerrückstandszuschläge in der Verordnung vom 22. 1. 32 (RGBl. I. 31) unbedenklich 1½% für den halben Monat (36% für das Jahr) auferlegt wurden, und das nicht als Verstoß gegen die guten Sitten erscheint.

[24]) Bauer-Mengelberg S. 36; Heck ArchZivPr. 122, 225; Oertmann DJZ. 1911, 437/38; Scheuing S. 23.

[25]) s. unten § 6 S. 20 Anm. 11, § 7 S. 20, § 11 S. 36/37, § 12 S. 38/39 § 21 S. 66.

[1]) Bauer-Mengelberg S. 26; Enneccerus-Nipperdey § 178 II 1; Groß S. 51; RGRKomm. § 138 Anm. 1; Scheuing S. 24/25.

[2]) RG. 63, 350; 68, 97; 75, 74; 86, 147; 107, 72; 120, 148; RG. JW. 1917, 282; RG. Gruch. 62, 92.

[3]) Der I. Entwurf zum BGB. bedrohte ein Geschäft dann mit Nichtigkeit, wenn sein „Inhalt" gegen die guten Sitten verstieß. Durch die Streichung des Wortes „Inhalt" sollte klargestellt werden, daß nicht nur der objektive Inhalt, sondern alle Umstände des Einzelfalles zur Beurteilung heranzuziehen seien. (vgl. Mot. I. 211).

werflichsten Motive allein reichen nicht aus, die Nichtigkeit herbeizuführen, wenn das Geschäft als solches sich nicht als gegen die guten Sitten verstoßend darstellt[4]); ebensowenig können die edelsten Beweggründe ein Geschäft anstößigen Inhalts vor der Nichtigkeit bewahren[5]), wenn auch beide Male diese subjektiven Momente bei der Feststellung des Gesamtcharakters zu beachten sind und darauf geachtet werden muß, ob und wieweit dadurch das Geschäft beeinflußt und der Geschäftsinhalt abweichend gestaltet wurde[6]).

Schon hieraus ersehen wir, daß für die Anwendung des § 138 BGB. neben dem objektiven Tatbestand, der Tatsache der Moralwidrigkeit, auch das Vorliegen eines subjektiven Tatbestandes erforderlich ist; wie es auch die herrschende Lehre verlangt[7]). Scheuing[8]) weist bei der Begründung dieses Erfordernisses mit Recht darauf hin, daß unsere Rechtsordnung oftmals — z. B. in den Fällen des Gutglaubensschutzes beim Eigentumserwerb — bei mangelnder Kenntnis gewisser Umstände Geschäfte rechtswirksam sein läßt, die, wenn sie von den Parteien in dem Bewußtsein dieser Umstände vorgenommen worden wären, keine Rechtswirkung hätten haben können. Auch ergibt sich die Richtigkeit der herrschenden Lehre aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts als eines Tatbestandes, „der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt wird"[9]). Denn wenn das Vorhandensein einer Willenserklärung für den Begriff des Rechtsgeschäfts wesentlich ist[10]), dann kann bei einem Rechtsgeschäft von einem

---

[4]) RG. 68, 97.

Bauer-Mengelberg S. 26; Staudinger § 138 Bem. I 3 e.

[5]) Das zeigt auch § 138 II BGB. Wenn das Mittel sittenwidrig ist, nutzt es nichts, wenn Zweck und Beweggrund achtenswert sind. Rosenthal Anhang I zu § 826; RG. 85, 345; RG. JW. 1917, 282; 1930, 2930; 1931, 2089 p.

RG. JW. 1932, 2701 führt aus: Auch wenn die Belange der sächsischen Industrie und der zahlreichen Arbeiter und Angestellten bei den beanstandeten Kreditsicherungsgeschäften berücksichtigt wurden, kann deswegen der Mangel des Verstoßes gegen die guten Sitten nicht als geheilt angesehen werden.

[6]) Enneccerus-Nipperdey § 178 II 1 zu Anm. 14; Mohn S. 312/13; Oertmann § 138 Bem. B I γγ.

[7]) Bauer-Mengelberger S. 26, 29; Enneccerus-Nipperdey § 178 I 3; RGRKomm. § 138 Anm. 1; RGR. Gruch. 62, 92.

Weinhausen S. 69/70 a. M. Er bedauert, daß das RG. sich „nunmehr" nicht mehr mit der Feststellung des objektiven Tatbestandes begnüge; er verkennt scheinbar die ständige Rechtsprechung des RG. Vgl. schon RG. 77, 210 (vgl. auch S. 11 Anm. 13).

Vgl. auch RG. 97, 255, das sich gegen die falsche Lehre wendet, auf das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit käme es nicht an; dies sei nur insoweit richtig, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergebe (vgl. S. 11 zu Anm. 11).

[8]) S. 43.

[9]) Enneccerus-Nipperdey § 136 II.

[10]) Vgl. auch Mot. I 126.

Verstoß gegen die guten Sitten nur dann gesprochen werden, wenn eben dem in ihm zum Ausdruck kommenden Willen der Abschließenden der Vorwurf eines Verstoßes gegen die guten Sitten zu machen ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn der Handelnde die Umstände kennt oder doch wenigstens kennen muß, die seine Handlungsweise als Sittenverstoß erscheinen lassen.

Es ist also nicht erforderlich, Kenntnis von der Sittenwidrigkeit als solcher, als Eigenschaft des Rechtsgeschäfts (der Handlung), sondern es genügt die Kenntnis der Tatumstände, aus denen sich der Verstoß gegen die guten Sitten ergibt, auch wenn der Betreffende es versäumt hat, daraus den Schluß auf die Sittenwidrigkeit zu ziehen[11]). Der subjektive Tatbestand kann u. U. sogar schon erfüllt sein, wenn das Nichtkennen der fraglichen Umstände auf grobe oder gröbste Fahrlässigkeit zurückzuführen ist[12]). Stets muß aber, wenn die Rechtswirksamkeit eines Vertrages nach § 138 I BGB. in Frage gestellt werden soll, neben dem subjektiven auch der objektive Tatbestand gegeben sein, müssen Art und Inhalt des Geschäfts selbst moralwidrig sein, wie auch der objektive Tatbestand allein ohne den subjektiven nicht eine Nichtigkeit herbeiführen kann. Dem scheint die übliche Einteilung und Beurteilung der wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtigen Rechtsgeschäfte zu widersprechen; das Reichsgericht hat nämlich unter allgemeiner Billigung folgende Einteilung aufgestellt[13]):

1. (Normalfall) Beiden Vertragsschließenden fällt ein gemeinsames sittenwidriges Handeln zur Last — bei beiden Parteien muß also der subjektive Tatbestand gegeben sein. — Der Sittenverstoß richtet sich gegen Außenstehende[14]).
2. Es kommt ein unsittliches Handeln der einen Partei gegen die andere in Frage — der subjektive Tatbestand braucht hier nur bei dem vorzuliegen, dessen Handlung gegen die guten Sitten verstößt.

---

[11]) Enneccerus-Nipperdey § 178 I 3; Hoeniger JW. 1928, 533; Oertmann § 138 Bem. B I a ζ; Planck § 138 Bem. 5; RGRKomm. § 826 Anm. 2; Scheuing S. 42/43; Staub-Gadow § 346 Anh. 2 (S. 42), Anh. 16 b; Staudinger § 138 Bem. I 5; Soergel § 138 Bem. 1; RG. 72, 6; RG. 97, 255 (zit. 72, 69, welche nicht zu passen scheint); RG. Warn. 1914, 122; RG. JW. 1929, 3150.

[12]) RG. JW. 1914, 83 verlangt einen erhöhten Grad von Fahrlässigkeit, RG. JW. 1932, 2702 heißt es: Grob leichtfertig und damit sittenwidrig. Soergel § 826 Bem. I (S. 1282) schreibt: Fahrlässigkeit kann unsittlich sein. Vgl. auch RG. 72, 175 = JW. 1910, 18; RG. JW. 1911, 584; 1912, 749; 1929, 3150.

[13]) Enneccerus-Nipperdey § 178 II 1 zu Anm. 14a—15. Groß S. 51: Jacusiel S. 27; Scheuing S. 39; Staub-Gadow § 346 Anh. 16b; Staudinger § 138 Bem. I 3 g; Soergel § 138 Bem. 1 (S. 155); RG. 93, 27; 99, 107; 108, 217; 114, 341; 118, 362 = JW. 1928, 53; RG. Warn. 1910 Nr. 49; RG. Gruch. 62, 92.

[14]) Bauer-Mengelberg S. 28; Böhme S. 37. Wegen weiterer RG-Zitate vgl. auch § 16 S. 52 Anm. 1.

3. Das Rechtsgeschäft stellt sich seinem Inhalt und Gegenstand nach als offenbar unsittlich und unerlaubt dar;

in diesem letzteren Falle soll schon das Vorliegen des objektiven Tatbestandes zur Herbeiführung der Nichtigkeit genügen[15]). Soweit die Nichtigkeit auf der Unerlaubtheit beruht und sich damit aus § 134 BGB. ergibt, stimmt das auch; nur ist es dann überflüssig, den § 138 heranzuziehen. Auch ist damit gar nichts bewiesen, daß es bei Anwendung des § 138 I BGB. ausnahmsweise genügen könne, wenn nur der objektive Tatbestand gegeben sei. Es handelt sich wohl hier auch nur um eine unkorrekte Ausdrucksweise. Wenn der Richter bei Prüfung eines Rechtsgeschäfts festgestellt hat, daß dieses seinem Inhalt und Gegenstand nach offenbar gegen die guten Sitten verstößt, kann er sich die Prüfung des subjektiven Tatbestandes ersparen, da es ja dann selbstverständlich feststeht, daß die Beteiligten die Tatumstände, aus denen sich der Verstoß gegen die guten Sitten ergibt — eben diesen Vertrag, den sie durch Willensübereinstimmung abgeschlossen haben — kannten. Es liegt also hier auch wieder der Normalfall (Nr. 1) vor, und es wäre wohl richtiger zu sagen: im Falle Nr. 3 genüge (in der Praxis) schon die „Feststellung" des objektiven Tatbestandes, des Verstoßes gegen die guten Sitten, denn damit ist das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes ohne weiteres auch festgestellt[16]).

Der maßgebende Zeitpunkt, in dem die Tatbestandsmomente des objektiven und subjektiven Tatbestandes des § 138 I BGB. vorliegen müssen, damit ein Vertrag nichtig ist, ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses[17]), denn in diesem Zeitpunkt wird die von der Rechtsordnung mißbilligte Handlung vorgenommen[18]). Spätere Ereignisse und Veränderungen können nur Berücksichtigung finden, soweit ihr Eintritt schon in diesem Zeitpunkt feststand.

Ein einmal gültig abgeschlossenes Geschäft wird also nicht durch spätere Ereignisse ungültig; ebenso kann nicht ein ungültig abgeschlossener, also nichtiger Vertrag dadurch Gültigkeit erlangen, daß sich seine Durchführung im Rahmen des von der Rechtsordnung Erlaubten hält. Nur wenn diese späteren Ereignisse schon bei Abschluß des Vertrages mit Sicherheit vorauszusehen waren und erkannt wurden (bezw. erkannt werden mußten), dann lag eben dieser objektive und subjektive

---

[15]) RG. 78, 353 = JW. 1912, 525; RG. 118, 361 = JW. 1928, 53. Groß S. 51.

[16]) in RG. 118, 362, wo der vom RG. angenommene Fall 3 abgelehnt wird, heißt es demgemäß auch: „Es genügt dann nicht die bloße objektive Feststellung, daß . . .".

[17]) Bauer-Mengelberg S. 58; Fischer, BankA. 1911, 105; Scheuing S. 46; Staub-Bondi § 74a Bem. 14 a. E.; Staudinger § 138 Bem. I 3 e; RG. JW. 1909, 412; OLG. Kiel Schlesw.Holst.Anz. 1912, 54.

[18]) Vgl. § 3 S. 10 zu Anm. 8 u. 9.

Tatbestand schon zur Zeit des Vertragsschlusses vor und muß bei Beurteilung der Gültigkeit des Vertrages gem. § 138 I BGB. berücksichtigt werden [19]). Ist das nicht der Fall, dann können diese Momente zwar nicht auf die Anwendung des § 138 von Einfluß sein, sie können aber die Erfüllung des Tatbestandes des § 826 herbeiführen [20]).

§ 4. Der Tatbestand des § 826 BGB.

Liegt der Sittenverstoß, die Schaffung einer unerlaubten Schädigungsmöglichkeit, in dem Abschluß des Rechtsgeschäfts, dann findet § 138 I BGB. Anwendung. Der Kreditsicherungsvertrag ist nichtig. Ist aus der gemißbilligten Sachlage, gleichgültig, ob der objektive und subjektive Tatbestand des Sittenverstoßes zur Zeit des Vertragsabschlusses oder einem anderen Zeitpunkt vorlag, ein Schaden entstanden, so kann § 826 BGB. Anwendung finden und Dritten ein Recht auf Schadensersatz geben.

Vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise macht den Handelnden nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig. Der Tatbestand des § 826, der sich aus objektiven und subjektiven Momenten zusammengesetzt, erfordert:

Die Zufügung eines Schadens. — Der Schaden muß bereits eingetreten sein; er braucht nicht, wie bei der Bestimmung des § 823 I BGB., in der Verletzung eines absoluten Rechts oder eines der dort aufgezählten Güter zu bestehen, sondern es reicht jede Vermögensbeschädigung aus. Ob der Schaden unmittelbar oder mittelbar zugefügt wird, ist gleichgültig, wenn nur die übrigen Voraussetzungen (Vorsatz und Sittenverstoß) gegeben sind. Die Schadenszufügung kann ebensogut durch eine positive Handlung wie durch eine Unterlassung erfolgen [1]).

Der Schaden muß vorsätzlich zugefügt sein — der Vorsatz muß sich nicht nur auf die den Schaden verursachende Handlung, sondern auf die Verursachung des Schadens selbst, den ursächlichen Zusammenhang, beziehen [2]). Es genügt allerdings schon bedingter Vorsatz [3]), und

---

[19]) Scheuing S. 44; Staub-Bondi § 74a Bem. 14 a. E.; Staub-Gadow § 346 Anh. 16 b; Soergel § 138 Bem. 1; RG. 63, 393 a. E.

Vgl. § 6 S. 23 zu Anm. 18; § 14 S. 47/48 zu Anm. 19; § 19 S. 61 zu Anm. 8.

[20]) Vgl. § 4 S. 15 zu Anm. 12.

[1]) Oertmann § 826 Bem. 2 c (S. 1411); Staudinger § 826 Bem. 3 a Abs. 2; Warneyer § 826 Bem. III.

[2]) RG. 123, 271 = JW. 1929, 1462; RG. Warn. 1916 Nr. 271; RG. JW. 1911, 324 = RG. Warn. 1911 Nr. 182; RG. JW. 1911, 650 = BankA. 1912 Nr. 9; RG. JW. 1914, 83; JW. 1932, 2701. Oertmann § 826 Bem. 2 b; Staudinger § 826 Bem. 3b.

[3]) Fahrlässigkeit genügt nicht.

RG. JW. 1911, 324 u. 650; 1914, 83; 1929, 3149; 1932, 2701; RG. Warn. 1916 Nr. 271.

nicht nötig ist es, daß der Handelnde die Schädigung „beabsichtigt" hatte, d. h. diese den Zweck oder gar einzigen Zweck seiner Handlung bildete [4]). Es genügt also die Kenntnis der Tatumstände und der daraus möglicherweise folgenden Schädigung verbunden mit dem Wollen der Handlung und der Billigung der vielleicht eintretenden schädigenden Wirkung [5]) [6]).

Die Schadenszufügung muß in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt sein. Der hier anzunehmende Maßstab ist der oben [7]) entwickelte Begriff der guten Sitten, der es auf den Durchschnitt der allgemeinen Volksmoral, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abstellt, wobei u. A. die Anschauungen der betreffenden Stände und Kreise mitzuberücksichtigen sind. Bewußtsein der Sittenwidrigkeit wird im Gesetz nicht gefordert. Das Wort „vorsätzlich" bezieht sich nur auf die Schadenszufügung [8]); doch wird ein Verhalten, das gegen die guten Sitten verstößt, nur dann anzunehmen sein, wenn neben der objektiven auch die subjektive Seite in Betracht gezogen wird, wenn dem Täter die Umstände bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt waren, aus denen sich der Sittenverstoß ergibt [9]).

Dieses gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten muß den Schaden herbeigeführt haben; es ist Kausalzusammenhang zwischen dem entstandenen Schaden und dem Sittenverstoß erforderlich. Dagegen braucht die Handlungsweise als solche nicht verboten, keine rechtswidrige sein [10]).

---

[4]) RG. 63, 146; 118, 361; RG. JW. 1927, 85; Soergel § 826 Bem. 1. Koch S. 148 a. M. Das Bewußtsein der Schädigungsmöglichkeit sei gerade in Verbindung mit der Absicht, die eigenen Interessen zu wahren, noch lange kein Schädigungswille i. S. des § 826.

[5]) RG. 123, 278; RGRKomm. § 826 Anm. 3.

[6]) Wegen der feinen Unterscheidung, die das RG. hinsichtlich der nahen, nicht zu entfernten und entfernten Schädigungsmöglichkeit macht, vgl. u. § 16 S. 53.

[7]) s. o. § 2 S. 5 ff.

[8]) RG. 71, 112; 123, 278; RG. JW. 1915, 913; 1929, 3150.

[9]) Also ebenso wie bei § 138, s. o. § 3 S. 11 zur Anm. 11, 12 sowie diese. RG. Recht 1911 Nr. 3178; 1915, 866; RG. JW. 1932, 2702; RGRKomm. § 826 Anm. 3.

Unklar Warneyer § 826 Bem. II und Oertmann § 826 Bem. 2 b 2. Abs. Staudinger § 826 Bem. 3 b 5. Abs.: Das Bewußtsein von der Eigenschaft des Handelns als eines moralwidrigen ist nicht nötig. Es muß nur die natürliche Sachlage erkannt sein.

Vgl. auch oben § 3 S. 10.

[10]) Oertmann § 826 Bem. 1; vgl. auch die dort Angeführten zu der Streitfrage, ob die Handlung hierdurch rechtswidrig werde, die wohl mit h. L. zu bejahen ist (vgl. schon RG. 48, 124). Warneyer § 826 Bem. III; Enneccerus-Lehmann § 230 II 4.

Der Zeitpunkt, in dem die gegen die guten Sitten verstoßende Handlung vorgenommen wurde, muß nicht der des Abschlusses des Vertrages sein, wenn die Auswirkungen eines Vertrages es sind, die die Ersatzpflicht herbeigeführt haben, denn § 826 BGB. hat nicht das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes zur Voraussetzung wie der § 138 I BGB. [11]). Diese Bestimmung gestattet es, auch später eintretende Ereignisse oder Veränderungen zu berücksichtigen [12]).

Bei den uns interessierenden Fällen der gegen die guten Sitten verstoßenden Kreditsicherungsverträge fällt noch als Verschiedenheit zwischen den §§ 826 und 138 auf, daß sich der § 138 grundsätzlich auf den Verpflichtungsvertrag bezieht, während die Anwendung des § 826 mehr von der Ausführung dieses Vertrages, von dem Erfüllungsgeschäft, abhängig ist.

Die anderen Gesetzesbestimmungen, durch die die Gläubiger vor Benachteiligungen dadurch, daß ihr Schuldner sich seines Vermögens durch Sicherungsübereignung entäußert, geschützt werden, die aber nicht den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten verwenden, sollen erst weiter unten untersucht werden [13]).

§ 5. Kreditgewährung, Kreditsicherung sowie Verfolgung eigener Interessen ist im allgemeinen zulässig.

Kredite zu nehmen und zu geben ist, wenn nicht andere Umstände hinzukommen, ganz selbstverständlich rechtlich zulässig. Ebenso ist es zulässig, für diese Kredite Sicherheiten zu bestellen mit den von der Rechtsordnung — Gesetz und Gewohnheitsrecht — dazu bereit gestellten Mitteln, also auch durch Sicherungsübereignung [1]).

Daß die Sicherungsübereignung ihrer Natur nach für Außenstehende nicht erkennbar ist und gerade darum gern und oft angewandt wird, haben wir schon oben erwähnt [2]). Da diese Undurchsichtigkeit gerade eine typische Eigenschaft der Sicherungsübereignung ist [3]) und andererseits aber die rechtliche Zulässigkeit dieser Rechtsfigur anerkannt wurde, kann in der Vereinbarung und Nichtveröffentlichung einer Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung noch kein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten erblickt werden.

---

11) Diesen Unterschied meint wohl Bauer-Mengelberg, wenn er (S. 26/7) ausführt, bei § 826 genüge der subjektive Tatbestand allein, während bei § 138 I „Art und Inhalt" (was er betont) „des Geschäfts selbst" (was wir betonen) moralwidrig sein müssen.

12) Vgl. § 3 S. 12/13 und § 19 S. 61.

13) s. u. § 23 S. 73.

1) RG. JW. 1931, 516; 1921, 1363.

3) s. o. § 1 S. 3.

3) Weshalb ja die Sicherungsübereignung oft angegriffen und wie oben (§ 1 S. 1 Anm. 4) angeführt, eine Reform erstrebt wird.

Wenn nun auch die Vereinbarung und Einräumung von Krediten und Sicherungen an sich erlaubt ist, so können doch die Umstände im Einzelfalle so gelagert sein, daß dieses Rechtsgeschäft, wie es ja auch mit jedem beliebigen anderen geschehen kann, so gestaltet wird, daß es einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt. Diese Möglichkeit wird dann sehr nahe liegen, wenn die Sicherung erst nachträglich eingeräumt worden ist, allzu umfangreich oder für Außenstehende nicht erkennbar ist. Jedenfalls ist es an und für sich noch nicht sittenwidrig, wenn ein Gläubiger in Verfolgung seiner eigenen Interessen sich Sicherheiten gewähren läßt [4]) und dadurch die Möglichkeit schafft, daß er im Falle des Konkurses unter Schmälerung der Konkursmasse, und das bedeutet dann auch der Quote, die die ungesicherten Gläubiger erhalten, selber volle Befriedigung erhält, oder daß im Falle ein anderer Gläubiger die Einzelvollstreckung in das Vermögen ihres gemeinsamen Schuldners betreibt, dieser vielleicht auf schwerer erreichbare Zugriffsgegenstände angewiesen ist, weil die leichter erreichbaren unserem Gläubiger zur Sicherheit dienen.

Auch ist es selbstverständlich und nicht zu mißbilligen, daß jede Schuld, jede Verbindlichkeit für den Verpflichteten in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung eine gewisse Bindung, auch außerhalb des Rahmens seiner eigentlichen Verpflichtung eine gewisse Abhängigkeit bedeutet [5]). Der Schuldner muß ja schon meist aus seinem eigensten Interesse heraus sein Verhalten so einrichten, daß eine Kündigung des Kredites nicht erfolgt, bzw. daß der Kredit bei Fälligkeit verlängert wird; er muß sich eine gewisse Einmischung in seinen Geschäftsbetrieb gefallen lassen, Auskunft geben, Einblick in die Bücher und die einzelnen Transaktionen gewähren, sogar oft ein Mitbestimmungsrecht oder Verbietungsrecht hinsichtlich einzelner Arten von Geschäften einräumen und manchmal in erdrückendem Maße Sicherheiten bestellen.

Das wichtigste und auffallendste Merkmal, ob bei einem solchen Kreditsicherungsvertrage nicht im Interesse des Gläubigers des Guten zuviel getan wurde, ist häufig das Ausmaß der vorgenommenen Sicherungsübereignungen. Diese allein oder in Verbindung mit anderen dem Schuldner auferlegten Lasten und Pflichten kann zu einer zu starken

---

[4]) Simonson a. a. O. S. 44 führt hierzu aus, der Kreditgeber kenne die anderen Gläubiger nicht und müsse auch nicht bedacht sein, sie vor Schaden zu bewahren. Aber diese Zulässigkeit des Zweckes (Sicherung) kann, wie oben (§ 3 S. 10 zu Anm. 5) ausgeführt worden ist, eben nicht den Mangel, daß ein gegen die guten Sitten verstoßendes Mittel angewandt wurde, heilen. Das verkennen Weinhausen (S. 64), die Beklagten mit ihrer Verteidigung in RG. JW. 1932, S. 2700 und viele andere, wenn sie als „Entschuldigung" anführen, die Banken, die mit anvertrautem fremden Geld arbeiten, müßten und dürften sich besonders gut decken. Vgl. auch Staudinger § 826 Anm. 3 c sowie unten § 11 S. 36 Anm. 3.

[5]) RG. 97, 255.

und darum mit der Rechtsordnung in Widerspruch stehenden Bindung des Schuldners zugunsten des gesicherten Gläubigers führen. Diese gegen die guten Sitten verstoßende Bindung, die man Knebelung nennt, ist oft schon aus dem Inhalt der schriftlich niedergelegten Parteivereinbarung erkennbar, ohne daß es noch einer Feststellung außenliegender Umstände bedürfte [6]). Durch diese leichte Feststellbarkeit und Erkennbarkeit mag es gekommen sein, daß die Knebelung, die als solche außenstehende Gläubiger gar nichts angeht [7]), zu dem Schlagwort geworden ist, unter dem der Kampf gegen die Gefährdung bzw. Schädigung dritter Gläubiger durch zu umfassende Sicherungsübereignungen geführt wird [8]).

[6]) die aber wegen der Feststellung des Gesamtcharakters des Rechtsgeschäfts doch nicht ganz außer Acht gelassen werden dürfen. Vgl. auch oben § 2 S. 12, das zu Fall 3. Ausgeführte (zu Anm. 15 und 16).

[7]) vgl. § 9 S. 28 ff.

[8]) Dagegen könnte die Tatsache, daß sich auch außenstehende dritte Gläubiger auf die Nichtigkeit einer wegen Knebelung unsittlichen Sicherungsübereignung berufen können, nicht rechtfertigen, daß wir uns hier mit diesem Begriff beschäftigen. Ob das Dritten nachteilige Sicherungsgeschäft wegen Knebelung nichtig ist oder wegen Dissenses, ob es angefochten worden ist oder durch Parteivereinbarung (contrarius consensus) aufgehoben wurde, hat ja auch alles gar nichts mit dem Schutze Außenstehender zu tun, wenn es auch häufig für sie vorteilhafte Rechtsfolgen im Gefolge haben wird und es überflüssig machen kann, daß sie sich nach einem anderen Schutze umsehen müssen.

Teil II.

Die Sicherungsübereignung als Verstoß gegen die guten Sitten.

A. Knebelungsverträge.

§ 6. Die Knebelung als Sittenverstoß — im allgemeinen.

Knebel- oder Knebelungsvertrag ist ein Vertrag, durch den auf einem der vertraglichen Regelung zugänglichen Gebiete Abmachungen getroffen werden, die zu einer unzulässigen und übermäßigen Beschränkung der Freiheit des einen Vertragsteils führen [1]).

Der Knebelungsvertrag ist nicht auf Vereinbarungen über einen gewissen Gegenstand des Rechtsverkehrs (Vermögen, Arbeitskraft) beschränkt [2]); andererseits erscheint es nicht angängig, den Begriff des Knebelungsvertrages auch auf solche Verträge auszudehnen, durch die nicht eine Vertragspartei sondern Dritte in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt werden und in eine nicht zu billigende Abhängigkeit von den Vertragsparteien geraten [3]). Die Begriffsbestimmung von Scheuing, der es auf die übermäßige Abhängigkeit des einen Vertragsteils von seinem Vertragsgegner abstellt [4]), scheint eine zu enge Bestimmung des Begriffes der Knebelung zu geben, denn man wird doch z. B. ganz bestimmt die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel [5]), die dem Verpflichteten auf lange Zeit hinaus die Ausübung seines Berufes unmöglich macht, als eine Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit und, wenn diese übermäßig stark ist, als eine Knebelung bezeichnen, obwohl zur Zeit der Wirkung dieser Knebelung nur eine Beschränkung aber keine Abhängigkeit des Geknebelten von dem Knebelnden besteht; in einer solchen Vereinbarung liegt zwar eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit, aber es wird doch keine „Abhängigkeit“ des Verpflichteten von dem Berechtigten geschaffen.

Die Auffassung, daß ein Knebelungsvertrag wegen der in ihm enthaltenen Freiheitsbeschränkung unsittlich ist, hat ihre Ursache in unseren Anschauungen über die Vertragsfreiheit; die aus der Unsittlichkeit solcher Verträge folgende Nichtigkeit derselben dient der Aufrechterhaltung

---

[1]) Bauer-Mengelberg S. 38.

[2]) So z. B. Rosenthal, Anh. zu § 138 (vgl. unten § 10 S. 31 Anm. 6; wie hier Scheuing, S. 16).

[3]) Also z. B. Schaffung und Mißbrauch einer Monopolstellung. Vgl. hierzu auch unten § 10 S. 31 ff.

[4]) Scheuing (S. 16) spricht sogar von „sittenwidrig“ übermäßiger Abhängigkeit; eine Tautologie, die zwar nichts schadet, aber doch dem Sinn einer Definition widerspricht.

[5]) Vgl. §§ 74 ff. HGB. sowie Bauer-Mengelberg S. 43 ff.

einer wahren Vertragsfreiheit [6]). Im Art. 152 RV. bzw. § 305 BGB. wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit aufgestellt; d. h. im Recht der Schuldverhältnisse ist alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist, im Gegensatz zum Sachen-, Familien- und Erbrecht, wo nur die vom Gesetz ausdrücklich aufgestellten und normierten Möglichkeiten zur Wahl stehen. Die Aufstellung dieses Rechtsgrundsatzes ist darauf zurückzuführen, daß der Gesetzgeber die Anschauung vertrat und darauf vertraute, daß der einzelne Mensch genügend klug und genügend egoistisch sei, seinen Vorteil allein wahren könnte und beim Abschluß von Verträgen zur Aufrechterhaltung seiner Freiheit und angemessenen Wahrnehmung seiner Interessen in der Lage sein würde. Da dieser Idealzustand meistens nicht gegeben ist und sich die einzelnen Rechtssubjekte zwar rechtlich frei und gleich gegenübertreten, tatsächlich aber aus den mannigfaltigsten Gründen in ihrer Handlungsfreiheit eingeengt und einander nicht gleichgestellt sind, erwies es sich als nötig, die rechtliche Vertragsfreiheit immer mehr und mehr zu beschränken, um den wirtschaftlich Schwachen, der in seiner bedrängten Lage nicht Herr seiner Entschlüsse sein kann und so der Gefahr ausgesetzt ist, Verträge einzugehen, bzw. eingehen zu müssen, die er bei einer wahren Freiheit der Entschließung nie eingegangen wäre, zu schützen, und dadurch die tatsächlichen Ungleichheiten auszugleichen [7]). Das Verbot des Wuchers [8]), die sogen. Kartellverordnung [9]) und das Recht der sozial abhängigen Arbeit, das sogen. Arbeitsrecht, zeigen die Tätigkeit und Anschauungen des Gesetzgebers auf diesem Gebiete. Das stärkste Gegengewicht gegen die ganz allgemein bestimmte rechtliche Vertragsfreiheit bietet die Generalklausel des § 138 I BGB., die auf alle Sonderfälle

---

[6]) v. Tuhr (II 1 § 51 zu Anm. 41a–43 sowie diese; S. 183, 184) meint allerdings, daß der Umweg über die Moral nicht nötig sei, soweit es sich — wie bei der Knebelung — um die Beschränkung der Verpflichtungsmöglichkeit handele; diese beruhten nicht auf den Geboten der guten Sitten, sondern auf dem der Rechtsordnung immanenten Inhalt, wie z. B. § 137 BGB. zeige. Der Sittenverstoß komme nur für die unzulässige Schädigung der Interessen der Allgemeinheit, also Dritter, in Frage.

Da v. Tuhr selber schreibt, daß die Gebote der guten Sitten mit dem der Rechtsordnung immanenten Inhalt hier übereinstimmten, ist seine Unterscheidung überflüssig, wenn nicht sogar die §§ 138, 826 (242, 157) BGB. gerade geschaffen wurden, um eine Handhabe zur Durchsetzung der nicht ausdrücklich niedergelegten Sätze der Rechtsordnung zu bieten. Vgl. auch § 8 S. 26 Anm. 14.

[7]) Vgl. hierzu auch Simonson, BankA. 32, 44, der zur Rechtfertigung der Beurteilung der Knebelungsverträge als sittenwidrig und nichtig auf den Satz des Kathedersozialismus verweist, daß es Pflicht des Staates sei, den Schwächeren gegen den Stärkeren im Erwerbsleben zu schützen.

[8]) Art. 152 RV. bzw. § 138 II BGB.

[9]) Die Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 2. Nov. 1923 (RGBl. I. S. 1067), insbes. § 8.

und auf allen Sondergebieten angewandt werden kann, und es gestattet, alle Umstände jedes Einzelfalles zu berücksichtigen [10]). Leitfaden dafür, was auf dem Gebiete der Vertragsfreiheit noch mit den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden vereinbar ist, bietet in weitem Maße der in den verschiedensten gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers [11]). Dieser geht deutlich dahin, daß die persönliche und wirtschaftliche Freiheit ein nur bis zu einem gewissen Grade verzichtbares Rechtsgut sei [12]). Jeder Vertrag, insbesondere jede Sicherungsübereignung schafft Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit; aber es gibt eine Grenze, die nicht ohne die Strafe der Nichtigkeit überschritten werden darf [13]). Die Ausnutzung der Lage des wirtschaftlich Schwächeren durch den wirtschaftlich Stärkeren darf nicht zu einer völligen Vernichtung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Schwächeren führen; er darf nicht durch knebelnde Bedingungen in die Stellung eines Schuldknechts, eines bloßen Werkzeuges oder Geschäftsführers seines Kreditgebers gedrängt werden.

§ 7. Die wegen Knebelung sittenwidrige Sicherungsübereignung. Ihr objektiver Tatbestand.

Gerade für die Frage, ob und wieweit es im Sinne der Rechtsordnung liegt, den Einzelnen vor den Gefahren, die ihm aus der Weggabe seines Vermögens [1]) drohen, zu schützen, gewährt das Gesetz gewisse Anhaltspunkte; die §§ 310, 311 und auch 313 BGB. bezwecken den Schutz des Einzelnen vor unüberlegten oder in ihren Auswirkungen noch nicht voraussehbaren Vermögensgeschäften, durch die er später in unerwünschtem Maße in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt werden könnte.

Eine direkte Anwendung der §§ 310 und 311 auf die uns interessierenden Fälle der Abtretung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens kann nicht stattfinden, denn der Tatbestand dieser Bestimmungen erfordert das Vorliegen eines Veräußerungsvertrags über das Ver-Vermögen als solches, als Inbegriff [2]), während die Sicherungsüber-

---

[10]) Wegen dieser Eigenart des § 138, sich den einschlägigen Bestimmungen gegenüber sowohl als generelle wie als spezielle Norm darzustellen, vgl. unten § 26 S. 92 (bzw. 93 zu Anm. 9).

[11]) Vgl. oben § 2 S. 9 zu Anm. 24. Bauer-Mengelberg S. 32 ff. führt hierfür u. a. an, §§ 74 ff. HGB., §§ 133 f. GewO., §§ 723 III, 576 BGB,

[12]) Vgl. im einzelnen die Monographien zu dem Thema Knebelungsvertrag von Bauer-Mengelberg und Scheuing.

[13]) Bauer-Mengelberg, S. 15.

[1]) Vermögen wird in der Rechtswissenschaft immer in dem Sinne „Aktiva" gebraucht, gleichgültig ob auf diesem gar keine Schulden lasten, oder ob der Betreffende überschuldet ist. Vgl. RG. 92, 85; 137, 52.

[2]) h. L. vgl. RG. Warn. 1932, 176.

eignungsverträge immer über einzelne konkret bestimmte Gegenstände abgeschlossen werden[3]).

In der Rechtsprechung haben sich nun feststehende, regelmäßig wiederkehrende Gesichtspunkte ergeben für die Beurteilung eines Kreditsicherungsgeschäftes unter dem Gesichtspunkt, ob durch zu umfangreiche Sicherungsübereignungen der Kreditnehmer seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit beraubt und in unzulässige Abhängigkeit von dem Kreditgeber gebracht worden ist, sodaß er in Wahrheit nur noch als dessen Schuldknecht, Geschäftsführer oder Werkzeug anzusehen ist[4]). Eine derartige gegen die guten Sitten verstoßende Knebelung des Schuldners wird dann vorliegen, wenn die zur Sicherung übereigneten Werte das ganze oder fast das ganze Vermögen des Schuldners darstellen, denn bei einem derartigen Umfange der Sicherungsübereignung wird sich aus den Gesamtumständen ergeben, daß der Schuldner dadurch in unzulässigem Maße in seiner wirtschaftlichen Freiheit beschränkt oder sogar seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit ganz beraubt wird.

Dagegen wird das Vorliegen einer Knebelung von der Rechtsprechung verneint, wenn dem Schuldner nicht ganz unbedeutende Werte zur freien Verfügung verblieben[5]). Als ausreichend zur Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit wurde es angesehen, wenn ihm wichtige Außenstände verblieben[6]), und sogar wenn ihm nur die künftigen Forderungen gegen seine Kunden zur freien Verfügung verblieben[7]). Natürlich wird auch in Betracht gezogen werden müssen, ob diejenigen Gegenstände, die nicht von dem in Frage stehenden Kreditsicherungsvertrage ergriffen werden, auch wirklich im f r e i e n Eigentum des Schuldners stehen oder nicht etwa anderen Gläubigern zur Sicherheit dienen[8]).

Wenn zu einer derartig weitgehenden Sicherungsübereignung nun noch Kontroll- oder gar Mitbestimmungsrechte des Kreditgebers hinzukommen, dann wird das Bild einer vollständigen Knebelung des Schuldners, die diesen jeder Freiheit und Bewegungsmöglichkeit beraubt, vervollständigt[9]).

---

[3]) RGRKomm. § 310 Bem. 1; § 311 Bem. 1: Die Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn jemand sich verpflichtet, seine einzeln aufgeführten Vermögensstücke zu übereignen. Vgl. auch RG. 67, 168.

[4]) RG. 85, 345; RG. Gruch. 55, 885; 62, 92; RG. Warn. 1918 S. 2.

[5]) RG. 132, 187.

[6]) OLG. Kiel, Schlesw.-Holst.Anz. 1913, 70.

[7]) RG. JW. 1917, 282.

[8]) a. M. scheinbar RG. Warn. 1932 Nr. 161, wo angedeutet wird, daß man vielleicht auch be- und überlastete Grundstücke ohne Rücksicht auf die Lasten mit zum Aktivvermögen in diesem Sinne rechnen müsse.

[9]) RG. Warn. 1916 Nr. 271, eine oft abgedruckte Entscheidung, die einen recht krassen Fall dieser Art zeigt; vgl. auch KG. in LZ. 1919 Sp. 493.

Für die Beurteilung der Lage des Schuldners ist es auch von Bedeutung, ob er zur Weiterführung seines Betriebes weitere Geldmittel bedarf, die er sich nicht beschaffen kann, wenn alle Unterlagen für einen neuen Kredit von anderer Seite sich in Händen des Sicherungsnehmers befinden[10]); hier wird von Bedeutung sein, was für eine Gegenleistung für die Sicherungsübereignung erfolgt ist; reichen die damit neu gewonnenen Mittel zur Weiterführung des Geschäfts aus, dann wird meist das Vorliegen einer Knebelung zu verneinen sein[11]). Es ist natürlich auch denkbar, daß, obwohl in dem Kreditsicherungsvertrage ein ganzes Arsenal von Bindungsmitteln zu Lasten des Schuldners vorgesehen wurde, aus den tatsächlichen Umständen heraus das Vorliegen einer Knebelung verneint werden muß, weil dem Schuldner noch ausreichende Möglichkeit zur Betätigung bleibt, z. B. weil das Kreditgeschäft und also auch die Bindungen nur einen Zweig seiner Erwerbstätigkeit betreffen[12]); bei den sogen. Bierlieferungsverträgen ist die Knebelung darum zu verneinen, weil der Schuldner in seinem eigentlichen Erwerbsbetriebe, dem Wirtschaftsbetrieb, frei walten kann und ihm die Geschäftsgewinne verbleiben[13]).

Auch ist es von Wichtigkeit, ob der Kreditsuchende an den Kreditgeber schon irgendwie gebunden ist, oder ob es sich um ein neues Geschäft, um einen erstmaligen Kredit handelt und es dem Kreditsuchenden freisteht, ob er sein Unternehmen mit Kredithilfe durchführen will, er sich überlegen kann, ob er eine starke Beschränkung oder Abhängigkeit für die Vorteile, die ihm aus der Kreditgewährung erwachsen, in Kauf nehmen will[14])[15]). Gerade in den Fällen der Bierlieferungsverträge ist zu beachten, daß durch den Vertrag mit der Brauerei der Wirt meist erst instandgesetzt wird, sein Geschäft zu eröffnen. Bauer-Mengelberg[16]) bemerkt hierzu:

> Der Schuldner, der ohne Kaufpreisstundung oder ohne das Darlehen der Brauerei einen selbständigen Betrieb nicht hätte begründen und

---

[10]) RG. Warn. 1929 Nr. 74.

[11]) RG. HRR. 1930 Nr. 90; RG. BankA. 30, 168 (weil die Gegenleistung überhaupt nicht beziffert war).

[12]) RG. Warn. 1918 Nr. 1; wenn diese Entscheidung als „ausnahmsweise milde“ bezeichnet wird, dann wird oft verkannt, daß die Knebelung sich eben nur auf einen Geschäftszweig der Schuldnerfirma bezog, und daß das RG. in Erkenntnis dieser wirtschaftlichen Zusammenhänge dieses Kreditgeschäft wie eine Gelegenheitsgesellschaft (vielleicht an §§ 335 ff. HGB. angelehnt) behandelt hat.

[13]) LG. Hannover JW. 1931, 1851.

[14]) Dagegen spielt die Tatsache, ob es sich um eine sogen. inkongruente Deckung handelt, für die Beurteilung, ob Knebelung vorliegt, keine Rolle.

[15]) Groß S. 52; Weinhausen S. 63.

RG. 97, 255 führt dazu aus, daß ein Mann mit geringem Vermögen bei Aufnahme eines Kredites mit lästigen Bedingungen rechnen müsse.

[16]) S. 79, dem sich Stammreich (S. 29) anschließt.

führen können, der also anderenfalls unselbständiger Angestellter gewesen wäre und Weisungen seines Arbeitgebers hätte folgen müssen, kann nicht diejenige Unabhängigkeit beanspruchen, die ein mit eigenem Geld auf eigenem Grund arbeitender Wirt in der Auswahl seiner Lieferanten haben mag.

Diese Sätze können mit gleichem Recht auch für andere Finanzierungsverträge und für jede andere angemessene Bindung des Kreditnehmers, nicht nur die in der Auswahl seiner Lieferanten, ausgesprochen werden.

Ein Kreditsicherungsvertrag ist dann als Knebelungsvertrag nichtig, wenn alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der gegen die guten Sitten verstoßenden Knebelung im Zeitpunkte des Vertragsschlusses vorliegen [17]; wird der gesamte Tatbestand erst später erfüllt dadurch, daß z. B. mehrere einzelne Kreditsicherungsverträge abgeschlossen werden, die in ihrer Gesamtheit erst eine Knebelung darstellen, oder wird der die knebelnden Bestimmungen enthaltende Vertrag so gehandhabt, daß eine unzulässige Behinderung des Schuldners nicht eintritt, so können diese späteren Ereignisse nur insoweit für die Anwendung des § 138 I BGB. Beachtung finden, als mit ihrem Eintreten schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages gerechnet werden konnte und mußte [18]. Daß und mit welchem Umfange aus diesen Tatsachen dem geknebelten Schuldner ein Schadensersatzanspruch gem. § 826 BGB. erwachsen kann, interessiert hier nicht, denn dieser Ersatzanspruch steht nur dem Schuldner, gegen den sich der Verstoß gegen die guten Sitten, die Knebelung, richtet, und nicht außenstehenden dritten Gläubigern zu [19] [20].

§ 8. § 138 BGB. in Anwendung auf die Knebelungsverträge. (Der subjektive Tatbestand).

Was den für die Anwendung des § 138 I BGB. notwendigen subjektiven Tatbestand anbetrifft, so gehört der Knebelungsvertrag zu den Fällen, die wir oben mit 2. bezeichnet haben [1], in denen der Sittenverstoß in dem Verhalten der einen Partei gegenüber der anderen zu finden ist, nämlich in dem Verhalten des knebelnden Kreditgebers gegenüber dem geknebelten Schuldner [2]. Kenntnis der Tatumstände

[17] s. o. § 3 S. 12 zu Anm. 17. Vgl. RG. Warn. 1929, 74.

[18] s. o. § 3 S. 12/13.

[19] s. o. § 5 S. 17 zu Anm. 8, s. u. § 9 S. 30.

[20] Vgl. Scheuing S. 81/2, daß und warum eine solche Klage aus § 826 die Gerichte noch nie beschäftigt hat.

[1] s. o. § 3 S. 11.

[2] RG. 99, 107; RG. Warn. 1917 Nr. 234; Bauer-Meng. S. 29/30; Scheuing S. 39.

ist also nur bei dem Kreditgeber, Sicherungsnehmer, erforderlich[3]); aber bei diesem muß sie auch vorliegen, wenn nicht gegebenenfalls auch einmal grob fahrlässiges Nichtkennen ausreicht. Wenn er die Sachlage verkennt, wenn er den Kreditsuchenden für einen zahlungsfähigen Mann hält, dann mangelt es an dem subjektiven Tatbestand, und es kann deswegen die Nichtigkeit gemäß § 138 I BGB. nicht eintreten[4]). Häufig wird der Inhalt des Kreditsicherungsvertrages schon genügen, um ein Bild der Sachlage abzugeben[5]). Dadurch wurde es hervorgerufen, daß der Knebelungsvertrag auch als der oben mit 3. bezeichnete Typ angesehen wurde[6]). Wir haben aber gesehen, daß dies eine Ungenauigkeit ist, die durch die Handhabung der Praxis herbeigeführt worden ist, wo sie dem Richter die ausdrückliche Feststellung des Vorliegens des subjektiven Tatbestandes erspart, da dieser selbstverständlich gegeben ist.

Mit dem Abschluß eines solchen Kreditsicherungsvertrages können von dem Kreditgeber und Sicherungsnehmer folgende Absichten und Ziele gegenüber dem Schuldner[7]) verfolgt werden:

1. Der Kredit wird gegeben, um dem Kreditnehmer die Eröffnung eines neuen oder die Fortführung eines alten Geschäftsbetriebes zu ermöglichen.

Das Interesse des Kreditgebers hieran liegt in dem normalen Verdienst, den er durch die Kredithingabe erhält[8]); oder er ist an dem Wiedergesunden des schuldnerischen Betriebes interessiert, weil dieser ihm noch andere, ältere Forderungen zu bezahlen hat.

Die Belastung des Kreditnehmers mit dem Kreditsicherungsvertrag erfolgt, um das Risiko des Kreditgebers zu verringern.

2. Wie oben ist der Kreditgeber an der Errichtung bzw. Aufrechterhaltung eines Geschäftsbetriebes interessiert,

aber sein Interesse ist ein weitergehendes. Er will in dem Kreditnehmer einen dauernden Abnehmer haben[9]), oder er will besonders hohe Gewinne aus diesem Kreditgeschäft herauswirtschaften.

---

[3]) Bei einer wahren Knebelung ist also der subjektive Tatbestand auf seiten des Schuldners, des Geknebelten, ohne Bedeutung. Vgl. auch § 9 S. 30/31 zu Anm. 5—7.

[4]) RG. 97; 255; (118, 363; vgl. § 16 S. 54 Anm. 15).

[5]) Vgl. z. B. den Tatbestand der Entscheidung RG. Warn. 1916 Nr. 271.

[6]) s. o. § 3 S. 12 RG. Gruch. 62, 92; Scheuing S. 39

[7]) Wegen der Richtung dieses subjektiven Tatbestandes, der Absichten gegenüber dritten Gläubigern des Schuldners, vgl. u. § 22 S. 68 ff., Darüber, daß ein solcher Kreditsicherungsvertrag nicht nur gegen, sondern auch im Interesse des Schuldners abgeschlossen sein kann, s. unten § 8 S. 27 zu Anm. S. 20.

[8]) Ist der Kreditgeber eine Bank etc., so besteht der Verdienst in den Zinsgewinnen; ist es ein Lieferant, der Waren auf Kredit lieferte, so ist es sein Zwischengewinn an diesem Geschäft.

[9]) z. B. beim Bierlieferungsvertrag.

Der Kreditsicherungsvertrag dient also neben dem Sicherungszwecke der Bindung des Schuldners zur Erreichung dieser Ziele.

3. Der Kreditgeber, der seinem Schuldner gegen große Sicherung noch einen neuen Kredit einräumt, kann aber auch an einer nur vorläufigen Weiterführung des Betriebes interessiert sein.

Er will die Konkursöffnung nur hinauszögern, bis er alle seine Forderungen bezahlt erhalten hat.

Der Kreditsicherungsvertrag soll das Risiko für die neuen Gelder recht klein halten und außerdem eine Handhabe bieten [10]), um auch die alten Kredite herausziehen zu können.

4. ist es möglich, daß der Kreditgeber in Wahrheit gar kein Interesse an der Aufrechterhaltung (und finanziellen Unterstützung) des Betriebes des Kreditnehmers hat.

Er will nur möglichst schnell dessen gesamtes Geschäftsvermögen an sich ziehen; oder er ist interessiert daran, daß der Betrieb des Kreditnehmers sich nicht weiterentwickelt (neue Patente nicht ausnutze, die Produktionskapazität nicht vergrößere), vielleicht sogar vernichtet werde [11]) [12]).

Hier sollen die Vereinbarungen des Kreditsicherungsvertrages eigentlich nur als Bindungen und Druckmittel für den Schuldner dienen.

Fall 4, bei dem es dem Gläubiger auf die Aussaugung, die Bindung oder die gänzliche Vernichtung des Schuldners ankommt, ist so recht eigentlich der Fall der sittenwidrigen Knebelung, der gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßenden Beschränkung und Zerstörung der wirtschaftlichen Freiheit des Kreditnehmers; er wird ebenso wie der Fall 3 in der krassen Form, in der wir ihn gezeichnet haben, nur selten praktisch werden.

Im Falle 1 liegt es gar nicht im Sinne des Kreditgebers aus seinem Schuldner einen „Schuldknecht" zu machen. Nur weil er bei dem allerdings nicht ganz unwichtigen Nebengeschäft der Sicherung seines Geldes zu gründlich (vielleicht auch nur zu ungeschickt) vorgegangen ist, wuchs dieser Vertrag sich zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden Knebelungsvertrage aus. Bei Fall 2 ist die Möglichkeit viel eher gegeben, daß der Schuldner zu einem bloßen Werkzeug, einem bloßen Geschäftsführer seines Gläubigers wird, wenn das auch nicht mit zwingender Notwendigkeit aus der Erfüllung der Zwecke des Gläubigers folgt. Auch im Falle 3 ist das von dem Gläubiger ins Auge

---

[10]) Hierin liegt der Unterschied zu der in Fall 1 genannten dritten Möglichkeit.

[11]) Kreditgeber ist z. B. eine Bank, die an der Konkurrenz stark beteiligt ist, oder ein Lieferant, der den Schuldner als Zwischenhändler neuerdings ausschalten möchte.

[12]) Vgl. auch Bauer-Mengelberg S. 55.

gefaßte Ziel (die Verschleppung des Konkurses) nicht gegen den Schuldner gerichtet, sodaß es nicht unbedingt nötig ist, daß der Schuldner durch die Eingehung des Vertrages Schuldknecht oder Werkzeug des Gläubigers wird, wenn auch meist die Bindungen so stark sein werden, daß das Vorliegen einer unsittlichen Knebelung bejaht werden muß [13]). Aber das eigentliche Ziel, die Eröffnung des Konkurses vorläufig einmal hinauszuzögern, richtet sich nicht gegen die Interessen des Schuldners.

Bei der Mehrzahl dieser (theoretischen und bei der weitaus überwiegenden Mehrzahl der praktischen) Fälle erfordern die von dem Kreditgeber verfolgten Ziele und Zwecke es nicht, daß der Schuldner durch den Kreditsicherungsvertrag in unzulässiger Weise geknebelt werde; die Absichten des Kreditgebers gestatten im Interesse des Zustandekommens des Geschäfts auch eine gewisse Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Partei, des Kreditsuchenden [14]). Wie z. B. beim Kaufvertrag dem Interesse des Verkäufers an einem möglichst hohen Preise das entgegengesetzte Interesse des Käufers entgegensteht, das mitberücksichtigt werden muß, damit dieser und evtl. auch spätere Abschlüsse zustande kommen, wird in den Fällen 1 bis 3 der Kreditgeber lieber sein Sicherungsbegehren einschränken als auf das Geschäft ganz zu verzichten oder die Gefahr der Nichtigkeit gem. § 138 I BGB. auf sich zu nehmen.

Wir wiesen schon darauf hin, daß die Kreditgewährung grundsätzlich im Interesse des Schuldners läge und der Schuldner deshalb auch bereit sein wird, gewisse Opfer auf sich zu nehmen. Er wird, außer im Falle 4, das Kreditgeschäft auch dann eingehen, wenn er die Ziele und Zwecke seines Kreditgebers erkennt. In der Rechtsprechung wird zwar mit Recht betont, daß es ohne Bedeutung sei, ob der Schuldner sich geknebelt fühle [15]), denn wie wir gesehen haben, ist nur der subjektive Tatbestand auf seiten des Knebelnden von Bedeutung; aber es ist doch

[13]) s. o. § 7 S. 22 darüber, daß gerade dann, wenn wie hier im Falle 3 der Schuldner bereits an den Kreditgeber gebunden ist und nun einen neuen weiteren Kredit bedarf, die Möglichkeit der Knebelung viel näher liegt, als wenn er erstmalig einen Kredit begehrt.

[14]) Bauer-Mengelberg S. 105 ist für die (wahren) Knebelungsverträge a. M. Er führt aus, daß bei der Mehrzahl der Fälle einer sittenwidrigen Knebelung beim Abschluß des Vertrages gerade die beanstandeten Bedingungen besonders wichtig waren und ohne sie das Geschäft nicht zustande gekommen wäre. Aus dieser abweichenden Anschauung für die Fälle wirklicher Knebelung sehen wir, daß die unter 1 bis 3 gezeichneten Fälle gar nicht typische und notwendige Knebelungsverträge sind. Wegen eines weiteren Unterschiedes der wahren Knebelung und der Gläubigergefährdung s. § 9 S. 30.

[15]) Bauer-Mengelberger S. 30, 31; „nicht im Interesse des Schuldners, sondern weil das Bestehen von Verträgen durch deren Abschluß gegen die guten Sitten verstoßen würde, die Rechtsordnung untergräbt, muß der Vertrag für nichtig erklärt werden“.

immerhin ein Anzeichen dafür, daß man bei Kreditsicherungsverträgen nicht so ohne weiteres eine sittenwidrige Knebelung des Schuldners als vorliegend annehmen kann. Bauer-Mengelberg [16]) behauptet sogar, daß bei Sicherungsübereignungen ein Knebelungsvertrag nahezu niemals als vorliegend angesehen werden könne. Der Kreditnehmer würde durch die Sicherungsübereignung seiner wirtschaftlichen Existenz und Freiheit nicht beraubt; diese würde im Gegenteil durch den Vertrag gerade erhalten. Wenn ein Schuldner sich gewisse Kontrollrechte des Gläubigers gefallen lassen, wenn er dessen Weisungen befolgen müsse, so sollte das nicht (in etwas kleinbürgerlicher Ueberschätzung des selbständigen Gewerbetreibenden) als eine „unwürdige Abhängigkeit" bezeichnet werden, wenn schließlich die Mehrzahl der Volksgenossen als Arbeitnehmer sich in erheblich gebundenerer Stellung befänden [17]).

Wenn Bauer-Mengelberg hierin zwar nicht ganz beizustimmen ist, so hat er doch recht, daß in der Mehrzahl der Fälle, in denen die Rechtsprechung Knebelung angenommen hat, eine Knebelung überhaupt nicht gegeben war. Im Gegenteil wurde durch das Kreditgeschäft die „wirtschaftliche Unabhängigkeit" oder Existenz des Schuldners oft erst gewährleistet und geschützt [18]).

Oft werden Sicherungsübereignungen des gesamten Hab und Gut vorgenommen im Einvernehmen von Gläubiger und Schuldner darüber, daß nun kein anderer Gläubiger dem Schuldner mehr diese Sachen werde entziehen können [19]); eine Knebelung, ein Verstoß gegen die guten Sitten dem Schuldner gegenüber, liegt dort nicht vor [20]). Wieweit die benachteiligten Gläubiger hiergegen vorgehen können, wird weiter unten zu zeigen sein.

Die Absichten und Beweggründe der Handelnden sind, wie wir oben [21]) gesehen haben, als solche noch nicht geeignet, eine abweichende Beurteilung herbeizuführen, wenn ein Kreditsicherungsvertrag seinem Gesamtcharakter nach sich als gegen die guten Sitten verstoßender Knebelungsvertrag darstellt (oder nicht); speziell die Absicht, dem Schuldner mit dem gesicherten Kredit zu helfen, ihn zu sanieren, befreit einen knebelnden Kreditsicherungsvertrag nicht von dem Makel des Sittenverstoßes. Wenn sich diese Absicht aber so ausgewirkt hat, daß das

---

16) JW. 1931, S. 2088 q.

17) Vgl. hiergegen Stammreich S. 28, 29.

18) Bauer-Mengelberg S. 50;

z. B. Brauereien — der schon erwähnte Bierlieferungsvertrag; sowie in heutiger Zeit die meisten Einzelhandelsgeschäfte, die alle nur bestehen können, wenn ihnen der Großhändler auf Kredit liefert. Vgl. RG. JW. 1932, 1967; LG. Altona JW. 1931, 3149.

19) Um z. B. die Vollstreckung von Unterhaltsforderungen zu hintertreiben.

20) darum wurde diese Möglichkeit nicht in die oben aufgezählten Fälle aufgenommen; s. o. § 8 S. 24 ff. zu Anm. 7.

21) s. o. § 3 S. 10 zu Anm. 4, 5.

Gesamtbild der zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegenden Umstände eine Knebelung nicht ergibt [22]), dann kommt eine Anwendung des § 138 I BGB. nicht in Frage [23]).

B. Gläubigergefährdung.

§ 9. Knebelung und Gläubigergefährdung. Kredittäuschung und Gläubigerabsperrung.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß durch die Vereinbarung einer Sicherungsübereignung auch die Interessen außenstehender dritter, an diesem Geschäfte nicht beteiligter, Personen berührt werden können. Als solche kommen zunächst diejenigen Gläubiger des Kreditnehmers und Sicherungsgebers in Betracht, die ihre Forderungen gegen ihn schon vor dieser Sicherungsübereignung erworben hatten, — die sogen. Altgläubiger — und denen durch die Sicherungsübereignung nun die Möglichkeit, sich durch Zugriff auf das Vermögen ihres Schuldners zu befriedigen, entzogen wird, und weiter auch alle diejenigen, die dem Schuldner, nachdem er durch die Sicherungsübereignung dieser Vermögenswerte beraubt worden ist, einen Kredit gewähren in der Meinung, die in seinem Besitz befindlichen von der Sicherungsübereignung ergriffenen Gegenstände ständen noch in seinem freien Eigentum und würden ihnen gegebenenfalls zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung dienen können — die sogen. Neugläubiger — [1]). Die Befriedigung dieser beiden Gruppen von Gläubigern kann durch eine von dem Schuldner vorgenommene zu umfangreiche Sicherungsübereignung in einer Weise gefährdet werden, daß dieses Kreditgeschäft sich den nichtbeteiligten Gläubigern gegenüber als eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise — ein Gläubigergefährdung — darstellt.

Wir wählen die Bezeichnung Gläubigergefährdung als Oberbegriff, weil sie am geeignetsten erscheint, die zu mißbilligende G e f ä h r d u n g dritter Gläubiger, sowohl der Alt- wie der Neugläubiger gerade durch eine zu umfangreiche Sicherungsübereignung zu bezeichnen; wäh-

[22]) Es wurde z. B. dem Kreditgeschäft ein förmlicher Sanierungsplan zugrundgelegt, sodaß der Schuldner in absehbarer Zeit seine volle Bewegungsfreiheit wiedergewinnen mußte.

[23]) s. o. § 3 S. 10 zu Anm. 6.

[1]) Diese Unterscheidung wird auch oft in der Form gemacht, daß man von „gegenwärtigen" und „zukünftigen" Gläubigern spricht, wobei dann der Zeitpunkt der Sicherungsübereignung der Bezugspunkt ist, sodaß unter „gegenwärtigen" die Alt- und unter „zukünftigen" die Neugläubiger zu verstehen sind.

rend wir eine solche Sicherungsübereignung unter dem speziellen Gesichtspunkt der Gefährdung der irregeführten Neugläubiger als Kredittäuschung bezeichnen wollen, und, soweit ein Sittenverstoß gegenüber den Altgläubigern, die durch diese Sicherungsübereignung von dem Vermögen, welches als Kreditunterlage und Zugriffsmasse dienen sollte, abgesperrt wurden, in Frage kommt, wählen wir den Ausdruck Gläubigerabsperrung [2]).

Die Unterscheidung zwischen der Kredittäuschung und der Gläubigerabsperrung ist bisher kaum beachtet worden. Bei der Kredittäuschung liegt das gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten darin, daß dritte Gläubiger in dem Irrtum über die wahren Vermögensverhältnisse des Sicherungsgebers diesem einen Kredit einräumen, den sie sonst gar nicht, oder nicht so, gegeben hätten. Bei der Gläubigerabsperrung liegt der Sittenverstoß darin, daß den dritten Gläubigern, die sich dagegen nicht wehren können, die Zugriffsmittel entzogen werden; bei der Gläubigerabsperrung, dem Sittenverstoß gegenüber den Altgläubigern, kann also von einer Täuschung oder Irreführung überhaupt nicht die Rede sein. Das scheint fast immer verkannt zu werden, wenn bei der Beurteilung eines Kreditsicherungsgeschäftes als gegen die guten Sitten verstoßend hervorgehoben wird, daß die Sicherungsübereignung nach außen nicht hervorträte, also der Schein einer Kreditwürdigkeit erweckt würde und dann daraus Rechtsfolgen im Interesse sowohl der gegenwärtigen wie der zukünftigen Gläubiger abgeleitet werden [3]). Die aus einer zu umfangreichen Sicherungsübereig-

---

[2]) Diese Bezeichnungen weichen von denen des RG. in den viel genannten Entsch. im 136. Bd. (247, 293) etwas ab, soweit überhaupt eine Vergleichsmöglichkeit besteht; das RG. scheint Kredittäuschung als Oberbegriff für alle Fälle der Gefährdung Dritter zu gebrauchen (vgl. auch Simonson a. a. O. S. 46), und die Gläubigergefährdung ist ihm nur ein Unterfall der Kredittäuschung, während die Gläubigerabsperrung, die Gefährdung der Altgläubiger, überhaupt keine gesonderte Behandlung erfährt, sondern nur bei der Besprechung des Umfanges der Schadenersatzpflicht mitberücksichtigt wird.

Im übrigen s. u. § 22 S. 71 darüber, daß wir von den Einteilungsgesichtspunkten des RG. abweichen.

RG. Warn. 1918 Nr. 1 scheinbar wie hier.

[3]) In RG. JW. 1931, 2089 heißt es: . . . nur dürften die geheimgehaltenen und nach außen zunächst nicht in Erscheinung tretenden Sicherungsmaßnahmen nicht soweit gehen, daß sie das gesamte oder fast das gesamte Vermögen des Schuldners dem Zugriff seiner übrigen gegenwärtigen und zukünftigen Gläubiger entziehen und im wesentlichen nur für den neuen Gläubiger Befriedigungsmöglichkeit schaffen.

Vgl. auch RG. 77, 201; 118, 362/3; RG. JW. 1931, 516/17. Enneccerus-Nipperdey kennt Knebelung (§ 178 Anm. 31) und die heimische Sicherungsübereignung (a. a. O. Anm. 41), also die Kredittäuschung; die Gläubigerabsperrung ist ihm entgangen (vgl. auch § 190 IV).

Ebenso Oertmann § 138 Bem. B 1 c γ ββ 1 (S. 493, Knebelung) und Bem. B 1 c γ γγ a. E. (S. 496, Kredittäuschung), vgl. auch unter § 10 S. 32 Anm. 17 u. 18. S. 33.

nung für die Altgläubiger erwachsende Schädigungsmöglichkeit ist ganz unabhängig davon, daß gerade diese Form der Sicherheitsbestellung schwer erkennbar ist und so der Schein der alten Kreditfähigkeit aufrechterhalten werden kann.

Eine Knebelung liegt vor, wenn sich der Sittenverstoß gegen den Kreditnehmer richtet, der für den Kredit zu umfangreiche Sicherungen stellen muß; stellt sich diese Maßnahme den nicht an dem Kreditgeschäft beteiligten Gläubigern gegenüber als eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung dar, dann haben wir es mit einer Gläubigergefährdung zu tun. Diese Gläubigergefährdung kann neben einer Knebelung des Schuldners gegeben sein, wenn derselbe Sachverhalt sowohl den Tatbestand einer Knebelung wie auch den einer Gläubigergefährdung (Kredittäuschung oder Gläubigerabsperrung) erfüllt; es ist aber nicht notwendig jede Knebelung auch eine Gläubigergefährdung und noch viel weniger jede Gläubigergefährdung eine Knebelung.

Das ist häufig verkannt worden; oft sind diese Ausdrücke wahllos nebeneinander gestellt worden, noch häufiger aber wird die Bezeichnung Knebelungsvertrag gebraucht, wenn der betreffende Vertrag gar keine Knebelung enthält und auch nicht die Knebelung sondern die durch diesen Vertrag erfolgte Gläubigergefährdung gemeint ist.

Die Bezeichnung Knebelungsvertrag, wegen Knebelung sittenwidrige Sicherungsübereignung, ist direkt das Stichwort geworden, unter dem man die wegen Gläubigergefährdung unsittlichen Kreditsicherungsverträge kennt. Es ist aber nicht nur eine Sache der juristischen Sauberkeit — wie Bauer-Mengelberg schreibt [4]) — daß man den Begriff des Knebelungsvertrages von der Kredittäuschung (wie er schreibt; oder wie es richtiger heißen müßte, von der Gläubigergefährdung) geschieden hat, sondern diese Scheidung ist von nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung. Neben dem ganz schiefen und falschen Bild, das entstehen muß, wenn man einen Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt Knebelung betrachtet, in Wirklichkeit aber die Verletzung der Interessen Dritter, die Gläubigergefährdung, meint, ist es wichtig, daß, wie wir unten sehen werden [5]), zur Anwendung des § 138 I BGB. unter dem Gesichtspunkt der Gläubigergefährdung erforderlich ist, daß der subjektive Tatbestand bei beiden Parteien des Kreditsicherungsvertrages gegeben ist und nicht nur in der Person des Kreditgebers und Siche-

---

Anm. 23.

Dagegen scheinen RG. Gruch. 62, 92 und Warn. 1918 Nr. 1 (S. 3, 4) den Tatbestand der Gläubigerabsperrung als etwas von der Kredittäuschung abweichendes zu kennen;

Stammreich S. 30 erkennt nur, daß durch die Mißbilligung der Kredittäuschung nur Neugläubiger Schutz finden, nimmt aber keine Stellung dazu, ob und wie Altgläubiger geschützt werden sollen.

4) JW. 1932, 2700.

5) s. u. § 16 S. 52 zu Anm. 1 und § 21 S. 67 Anm. 6,

rungsnehmers vorliegt, was ja beim wahren Knebelungsvertrage genügt [6]) [7]).

§ 10. Schrifttum und Rechtsprechung zu den Unterscheidungen.

Bis in die neueste Zeit kann man die Vermischung der Gesichtspunkte Knebelung und Gläubigergefährdung verfolgen. Fachinger [1]) spricht von „sogen. Knebelungsverträgen", erwähnt gleich darauf die „(gegenwärtige oder zukünftigen) Gläubiger", deren „Schädigung" bei Vertragsschluß als möglichst „bewußt" gewesen sein mußte. Jaeger [2]) schreibt, daß § 138 I BGB. Anwendung findet, „wenn ein Knebelungsvertrag vorliegt", und dann ist von dem täuschenden Schein der wirtschaftlichen Selbständigkeit die Rede. Der RGRKomm. zu § 826 [3]) spricht von Knebelung, betont aber, daß § 826 erst anwendbar, wenn die zu weitgehende Bindung des Schuldners nach außen geheimgehalten worden sei; auch in den Anmerkungen zu § 138 [4]) ist es nicht erkennbar, ob von dem Begriff Knebelung die Sicherungsübereignung des gesamten Besitzes sowohl zum Schaden des Schuldners wie auch Dritter umfaßt werden soll. Rosenthal [5]) versteht unter Knebelungsvertrag einen Vertrag, durch den ein Schuldner sich seines ganzen Besitzes durch Sicherungsübereignung zugunsten eines Gläubigers begibt, so dessen Schuldknecht wird, nach außen aber den Anschein der Selbständigkeit aufrechterhält; der Sittenverstoß läge in der Uebereignung des gesamten Vermögens verbunden mit der Irreführung dritter Kreditgeber [6]). Obwohl Weinhausen [7]) einen Unterschied macht zwischen der Vernichtung der „Bewegungs- und Betätigungsmöglichkeit" des Schuldners, die in „Knebelung" ausarten kann, und der Verletzungen des „Interessenkreises dritter Gläubiger" dadurch, daß der Schuldner jede „Selbständigkeit und jede Kreditwürdigkeit" verliert, nennt er doch einen Vertrag, der durch nicht in Erscheinung tretende Sicherungsübereignung die Möglichkeit der Täuschung und Schädigung Dritter schafft, eine „Knebelung" des Schuldners [8]). Staub-Gadow [9]) spricht unter der

6) RG. 118, 362; vgl. o. § 8 S. 23/24 zu Anm. 3 sowie diese.
7) Das betont auch Soergel, § 138 Bem. 1 (S. 155).
1) S. 61/62; Erscheinungsjahr 1933! allerdings sind ihm die gleich zu erwähnenden Entscheidungen aus dem 136. Bd. RG. nicht bekannt (vgl. Anm. 29 u. 31); er kennt als neueste nur die Entscheidung RG. JW. 1931 S. 2088 p = DJZ. 36, 1177.
2) KO. § 29 Anm. 51 (S. 528 unten).
3) Anm. 5 c.
4) Anm. 1 A d und f.
5) Anhang 1 zu § 138.
6) Rosenthal kennt als Knebelungsverträge überhaupt nur die zu weitgehenden Sicherungsübereignungsverträge.
7) S. 65 und 66/67.
8) S. 66 zu Anm. 1 sowie diese.
9) § 346 Anh. 16 b.

Ueberschrift „Knebelungsverträge" von den durch solche Verträge gefährdeten „Interessen dritter Personen" [10] [11]).

Diese Aufzählung könnte noch beliebig fortgesetzt werden [12]), wobei man dann auch finden würde, daß Schriftsteller, die früher nur den Begriff Knebelungsvertrag kannten, heute zwischen Knebelung und Gläubigergefährdung (oder auch nur Kredittäuschung) unterscheiden [13]). Hier sei noch auf Hedemann [14]) hingewiesen, der unter Knebelung die Bindung des Einzelnen wie auch die daraus folgende Schädigung Dritter verstehen will; er spricht [15]) von einer Wirkung der Knebelungsverträge nach außen, verkennt dabei, daß zwar oft derselbe Sachverhalt, der eine Knebelung enthält, auch eine Gläubigergefährdung enthalten wird, daß aber die Tatbestände dieser beiden gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen nicht übereinstimmen.

Die Vermengung dieser beiden Gesichtspunkte wird jetzt im Schrifttum vielfach gerügt, wobei allerdings nicht zu erkennen ist, wie weit auch der Unterschied zwischen der Kredittäuschung und der Gläubigerabsperrung, die beide unter dem Oberbegriff Gläubigergefährdung fallen, Beachtung gefunden hat. Bauer-Mengelberg [16]) schreibt: „Ein solcher Vertrag kann ... als ‚Knebelungsvertrag' verbunden mit einem ‚Kreditverschleierungs- und Gläubigerabsperrungsvertrag' nichtig sein. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Tatbestände, die zwar praktisch oft zusammengehören und nicht miteinander verwechselt oder verquickt werden dürfen." [17]) [18]). Stammreich [19]) schließt sich Bauer-Mengelberg an. Scheuing [20]) schreibt: „Aber der Umstand,

[10]) unter Zitat von RG. 136, 253 (muß heißen 293).

[11]) § 368 Bem. 96a heißt es allerdings nur noch: Die Unsittlichkeit liegt darin, daß der Schuldner wie bei Knebelungsverträgen in einer nach außen verborgenen Abhängigkeit.

[12]) Dove, JW. 1921, 1364; Koch (1931) S. 145; Mentzel § 29 Bem. 2 d; Mohn S. 308 ff.

[13]) Hoeniger, JW. 1930, 2927 bzw. 1931, 515.

[14]) S. 76.

[15]) S. 83.

[16]) S. 49.

[17]) trotzdem Bauer-Mengelberg von „Kreditverschleierungs- und Gläubigerabsperrungsverträgen" spricht, stellt er es für die Frage der Schädigungsmöglichkeit dritter Gläubiger doch nur auf die Verschleierung der Vermögenslage, den Schein der geschäftlichen Selbständigkeit, also die Gefährdung irregeführter Neugläubiger, die Kredittäuschung, ab und beachtet die Gläubigergefährdung gar nicht.

[18]) ders. in JW. 1931, 2088 q rügt ebenso die Vermengung dieser beiden Gesichtspunkte und begrüßt in JW. 1932, 2700, daß das RG. nunmehr den Begriff des Knebelungsvertrages von der Kredittäuschung (!) geschieden habe; auch JW. 1931, 515 kennt Hoeniger nur den Gegensatz: Knebelung und Kredittäuschung.

[19]) S. 28.

[20]) S. 7 (s. auch S. 83).

daß (derartige) Verträge... meist auch eine „Gläubigerbeschädigung“ im Gefolge haben, darf uns nicht darüber täuschen, daß es sich hier um einen zweiten, selbständigen Gesichtspunkt handelt.... (der) nicht zu den das Wesen eines Knebelungsvertrages ausmachenden Merkmalen gehört....“. Groß scheidet zwar Knebelvertrag und Kredittäuschung[21]), bringt dann aber doch Tatbestände, die unter Kredittäuschung gehören, unter den Begriff Knebelung[22])[23]). Die Notwendigkeit einer Scheidung von Knebelung und Gläubigergefährdung wird jetzt wohl allgemein anerkannt[24]), wenn es auch manchem verführt durch die frühere ungenaue Ausdrucksweise nicht gelingt, diese Scheidung streng durchzuführen[25]); auch hat sich die Ausdrucksweise „Knebelung“ oder „Knebelung und Gläubigergefährdung bzw. Kredittäuschung“ als Schlagwort für die dritten Gläubigern gegenüber gegen die guten Sitten verstoßenden Kreditsicherungsgeschäfte nicht so schnell ausrotten lassen[26]), obwohl die Kritik nicht erst in den letzten Jahren eingesetzt hat[27]).

Auch in der Rechtsprechung finden wir den Ausdruck Knebelung oder Knebelvertrag gebraucht, wenn in Wahrheit auf eine Beurteilung nach den Gesichtspunkten der Gläubigergefährdung oder speziell der Kredittäuschung abgestellt wurde. In RG. JW. 1921, 1363 heißt es, nachdem die Täuschungs- und Schädigungsmöglichkeit Dritter und der darauf bezügliche subjektive Tatbestand behandelt worden sind: „.... alle diese Kennzeichen einer sittenwidrigen Knebelung ... “ und es wird dann als Rechtsfolge die Anwendbarkeit des § 826 BGB. zugunsten der dritten Gläubiger behandelt[28]). In der Entscheidung RG. 118, 362 wird ausdrücklich die Bezeichnung „Knebelungsverträge“ gebraucht; RG. BankA. 29, 14 heißt es: „Wesentlich aber kommt es für die Frage, ob in solchem Falle ein gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßender Knebelungsvertrag vor-

---

21) S. 51 und S. 58.

22) S. 53 unter der Ueberschrift Knebelvertrag heißt es: „.....behält aber nach außen . . . den A n s c h e i n der geschäftlichen Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit“ und unter derselben Ueberschrift S. 54: „Eine G e h e i m h a l t u n g eines derartigen . . .“.

23) Die Gläubigerabsperrung und ihr Tatbestand ist ihm völlig entgangen.

24) Böhme S. 37; Enneccerus-Nipperdey § 178 Anm. 31 und zu Anm. 43 (wie schon Enneccerus in der Vorauflage); Feilner S. 52/53; Oertmann § 138 Bem. B. 1 c ββ, γγ; Rühl, JW. 1931, 2173; Simonson a. a. O. S. 41 ff.; Winkler DJZ. 1932, Sp. 1281.

25) s. Anm. 21/22 (Groß) und scheinbar auch S. 32 Anm. 11 (Staub-Gadow).

26) Fachinger spricht von Knebelung auch auf S. 64, wo er die Wirkung von Kreditsicherungsverträgen für Dritte (§ 826 BGB.) behandelt.

27) Neukamp in BankA. 15, 136 schreibt schon: „M. E. sind diese beiden Betrachtungsweisen nicht miteinander zu vereinigen“, nämlich die Knebelung gegenüber dem Schuldner und die Gefährdung dritter Gläubiger.

28) Ebenso wird in RG. Warn. 1931 Nr. 118 der Ausdruck „Knebelung“ gebraucht und dann der Schadensersatzanspruch Dritter untersucht.

liegt, in Betracht, ob die Sicherungsübereignung geheimgehalten wird und andere Gläubiger über die wahre Geschäftslage getäuscht werden"; ebenso spricht RG. Warn. 1931 Nr. 17 von „Knebelungsverträgen", die zur „Täuschung Dritter" geeignet sind [29]). Wir finden auch häufig, daß die Unsittlichkeit wegen der Knebelung des Kreditnehmers und wegen der Gefährdung dritter Gläubiger nebeneinander festgestellt werden, obwohl der die Entscheidung über die Unsittlichkeit tragende Tatbestand in Wahrheit nur der der Gläubigergefährdung ist [30]), denn wir haben ja oben [31]) festgestellt, daß die Fälle der Kreditsicherung durch weitgehende Sicherungsübereignung meist gar keine unzulässige, den Interessen des Schuldners zuwiderlaufende, Knebelung darstellen. Sehr oft ist es in den Entscheidungen allerdings auch vermieden worden, sich auf ein solches Schlagwort festzulegen; es ist nur von der Vernichtung der wirtschaftlichen Freiheit und Selbständigkeit die Rede, deren täuschender Anschein aufrechterhalten und so eine Schädigungsmöglichkeit für Dritte geschaffen werde [32]); die erste in der amtlichen Sammlung abgedruckte einschlägige Entscheidung gebraucht den Ausdruck Knebelung nicht [33]); auch treffen wir auf die Bezeichnung als „s o g. Knebelungsverträge" [34]), die also aus dem Schrifttum und den Schriftsätzen der Parteien erst in die Rechtsprechung eingedrungen zu sein scheint.

Nachdem auch in der Rechtsprechung schon hie und da mehr oder weniger deutlich zwischen den Tatbeständen der Knebelung und der Gläubigergefährdung geschieden worden ist [35]), hat das Reichsgericht in zwei Entscheidungen im 136. Band [36]) neuerdings betont, daß die Sittenwidrigkeit gegenüber dritten Gläubigern und das Vorliegen eines Sittenverstoßes gegenüber dem Schuldner selber zu unterscheiden seien, daß selbst scharfe Knebelung des Schuldners seine derzeitigen und zukünftigen Gläubiger weder zu schädigen noch auch nur zu gefährden brauche, es aber im Einzelfall tun könne, daß aber auch eine „Kredittäuschung", wenn der Geldgeber unter eigener Sicherung einen Kredit-

[29]) Vgl. auch RG. JW. 1914, 83; 1916, 477; 1930, 2930; LG. Hannover JW. 1931, 1851.

[30]) RG. HRR. 1930 Nr. 90; JW. 1930, 2933; RG. Warn. 1929 Nr. 74; KuT. 1929, 56; KG. in LZ. 1919, Sp. 493.

[31]) s. o. § 8 S. 26 ff.

[32]) RG. JW. 1924, 176; KG. in LZ. 1919, 493.

[33]) RG. 85, 343.

[34]) Gruch. 62, 86/92.

[35]) RG. 127, 337 = JW. 1930, 2298; RG. 132, 187; RG. JW. 1931, 2173; RG. Gruch. 62, 86; 55, 885; RG. Warn. 1918 Nr. 1; 1929 Nr. 165; RG. BankA. 30, 168; OLG. Stuttgart in JW. 1931, 2173.

[36]) RG. 136, 247 ff. und 293 ff. = JW. 1932, 2522 ff. bzw. 2699 ff., letztere Entscheidung ist in dem JW-Abdruck ungekürzt, während sie in der amtlichen Sammlung gekürzt wurde, weshalb hier nach dem JW-Abdruck zitiert werden wird.

unwürdigen finanziere und Dritte dadurch der Möglichkeit einer Täuschung und Gefährdung aussetze, nicht eine Knebelung zur Voraussetzung habe. Wenn man bedenkt, welche Beachtung diese Entscheidungen gefunden haben[37]), dann ist es doch erstaunlich, daß in einer späteren Entscheidung[38]) wieder das Wort „Knebelung“ auftaucht, um die Verhältnisse, die durch die Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eines Sicherungsgebers in Bezug auf dritte Gläubiger entstehen, zu bezeichnen[39]).

§ 11. Die Gläubigergefährdung als Verstoß gegen die guten Sitten.

Wie wir schon oben[1]) gesehen haben, ist es erlaubt und verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn jemand einen Kredit aufnimmt oder gewährt, und wenn für ein solches Geschäft Sicherheiten bestellt werden. Auch wenn diese Sicherungen einen bedeutenden Umfang haben, wird ein Geschäft dadurch nicht notwendig zu einem sittenwidrigen; ebenso liegt an sich noch kein Verstoß gegen die guten Sitten darin, daß die Beteiligten bemüht sind, das Bekanntwerden ihrer Kreditgeschäfte zu verhindern. Ebenso wie sich nun ein Kreditsicherungsvertrag durch zu umfassende Sicherungsübereignungen u. A. zu einem den Schuldner in unzulässiger Weise bindenden Knebelungsvertrage auswachsen kann, kann das Uebermaß dazu führen, daß das Kreditsicherungsgeschäft sich als eine den dritten Gläubigern des Kreditnehmers gegenüber gegen die guten Sitten verstoßende Handlung, als eine Gläubigergefährdung, darstellt.

Beiden Fällen der Gläubigergefährdung — der Kredittäuschung (= Gefährdung der Neugläubiger) und der Gläubigerabsperrung (= Gefährdung der Altgläubiger) — gemeinsam ist es, daß durch zu umfangreiche Sicherungsübereignungen zugunsten eines[2]) Gläubigers eine Sachlage geschaffen wird, die für die übrigen, ungesicherten, Gläubiger die Gefahr einer Schädigung birgt; und zwar ist dieses eine Schädigungsmöglichkeit, wie sie von unserer Rechtsordnung nicht gebilligt wird.

---

[37]) Bauer-Mengelberg JW. 1932, 2699 ff.; Simonson, BankA. 32, 411 ff.; Weinhausen JW. 1932, 2703 ff.; Winckler DJZ. 1932, 1281; Wilmersdoerffer i. d. Handels- u. Industrie-Zeitung d. Münchner Neuesten Nachrichten 1932 Nr. 269; Gerhard i. d. Voss. Ztg. 1932 Nr. 44; Schulin das. Nr. 50.

[38]) RG. Warn. 1932, Nr. 176 v. 23. Sept. 1932 (7. Sen.), während die erwähnten Entsch. beide am 9. April 1932 vom 9. Sen. gefällt wurden.

[39]) Allerdings hat es den Anschein, als gälten die Sätze der Entsch. vom 9. April nur für die Anwendung des § 826 BGB.; vgl. § 22 S. 69 zu Anm. 2.

[1]) s. o. § 5 S. 15 ff.

[2]) darüber, daß es nicht unbedingt erforderlich, daß nur ein Gläubiger eine Vorzugsstellung erhält, s. u. § 19 S. 59.

An und für sich ist niemand verpflichtet dafür Sorge zu tragen, daß sein Verhalten in keiner Weise für andere ungünstige Folgen nach sich ziehe; nicht jeder Geschäftsabschluß in dem Bewußtsein, daß ein Dritter dadurch Schaden erleiden könne, verstößt gegen die guten Sitten [3]); es kommt eben auf die Natur der gefährdenden Sachlage an. Handelt es sich um eine verkehrsmäßige [4]) Gefahr, eine Sachlage, mit der Dritte rechnen müssen und gerechnet haben, oder die sie erkennen können, und vor der sie sich also schützen können, dann wird ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht gegeben sein. Bei der Gläubigergefährdung wird nun eine nicht verkehrsmäßige Schädigungsmöglichkeit geschaffen, denn es liegt zwar im Rahmen unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung, daß ein Kreditnehmer Sicherheiten bestellt, nicht aber, daß diese Sicherheiten so umfangreich werden, daß sie sein ganzes Vermögen erfassen und er nicht in der Lage ist, seine Schulden zu bezahlen [5]).

Neben dieser nicht zu billigenden Art und Weise, in der durch die Gläubigergefährdung die Interessen Dritter bedroht werden, sind aber auch die Ziele und Zwecke, die zu dieser Sachlage geführt haben, zu beachten. Der Kreditgeber, der sich durch eine allesumfassende Sicherungsübereignung deckt, wird, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt, selber Befriedigung erhalten, während alle Anderen leer ausgehen [6]); der Sicherungsnehmer war zwar bereit, einen Gewinn aus diesem Geschäft mitzunehmen, aber die Gefahr eines Verlustes sollten Andere tragen [7]), die sich allerdings nicht freiwillig zu dieser Gefahrübernahme entschlossen haben. Der Versuch einer derartigen Spekulation auf fremde Kosten und Gefahr verstößt aber gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen [8]). Wie § 904 und vielleicht auch

---

[3]) RG. 78, 14; 85, 345; RG. Warn. 1919 Nr. 63 a. E.; RG. LZ. 1917, Sp. 1070; Dove, JW. 1921, 1363; RGRKomm. § 826 Anm. 2; vgl. auch oben § 5 S. 15 ff. insbes. Anm. 4.

[4]) Der Ausdruck „verkehrsmäßige Gefahr" wurde im Anschluß an den im Strafrecht bei Behandlung der Erpressung üblichen Ausdruck des „verkehrsmäßigen Uebels" gebildet. Vgl. Frank, Komm. z. StGB., § 253 Bem. II 2 S. 556/7.

[5]) Ob diese Sachlage, diese Gefahr heute üblich und daher verkehrsmäßig ist, werden wir weiter unten genauer zu prüfen haben; hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß wir den Gast, der die Zeche nicht bezahlen kann und es von vornherein g e n a u weiß, daß er das Geld nicht aufbringen kann, bedenkenlos als Zechpreller bestrafen, während heute die ärgsten Bedenken dagegen geltend gemacht werden, daß ein Kaufmann, der nicht weiß, wie er seine Schulden zurückzahlen soll, durch Aufnahme eines Kredites ebenso eine unerlaubte Handlung begehe, wie der Sicherungsnehmer, der ihn darin unterstützt, nur weil heute die meisten Geschäftsleute stark verschuldet sind und weil die Hoffnung besteht, daß er v i e l l e i c h t doch werde zahlen können.

[6]) RG. 130, 1 = JW. 1930, 3543; RG. JW. 1911, 576 = BankA. 1912, Nr. 9; RG. JW. 1931, 515, 2088 p.

[7]) RG. JW. 1911, 650 = BankA. 1910 Nr. 283.

[8]) RG. 85, 345; RG. JW. 1924, 176.

§ 228 BGB. zeigen, muß man sogar die Kosten einer durch Zufall drohenden Gefährdung selber tragen und darf sie nicht Anderen aufbürden, um wieviel weniger kann es gestattet sein, die Gefahr eines Verlustes aus einem freiwillig eingegangenen Geschäft auf Andere abzuwälzen. Man darf zwar im allgemeinen Geschäfte machen ohne Rücksicht auf die Folgen und Kosten, die sich für Andere daraus ergeben, aber man darf seine Geschäfte nicht ausschließlich auf Kosten (das sind dann die Fälle des Betrugs, des Diebstahls, der Erpressung etc.) oder Gefahr Dritter machen. Wer ein Geschäft mit zweifelhaftem Ausgange eingehen will, der muß auch selber das Risiko dieses Geschäfts übernehmen. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob er das Geschäft in Gewinnabsicht oder in uneigennütziger Absicht (Sanierungsabsicht) eingegangen ist. Es kommt für die Beurteilung eines Kreditgeschäftes als gegen die guten Sitten verstoßend nicht so sehr darauf an, daß der Kreditgeber — und Sicherungsnehmer — selber überhaupt kein Risiko eingegangen ist und eingehen wollte, als darauf, daß er einen Teil seines Risikos oder das ganze auf Andere abzuwälzen versucht und für diese Anderen eine nicht zu billigende Schädigungsmöglichkeit geschaffen wird. Darum wurde auch in RG. JW. 1924, 176 ein Kreditgeschäft als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen, obwohl es in der Absicht abgeschlossen worden war, den Kreditnehmer zu sanieren, und der Kreditgeber ein eigenes kleines Risiko eingegangen war, denn durch die umfangreiche Sicherungsübereignung hatte er den größten Teil der Gefahr auf Dritte abgewälzt und für diese eine nicht zu billigende Gefährdungsmöglichkeit geschaffen; nicht auf das eigene kleine Risiko des Kreditnehmers sondern darauf, daß für die Dritten auch eine angemessene Chance, für ihre Forderungen Befriedigung suchen zu können, offen blieb, wäre es angekommen, um hier einen Verstoß gegen die guten Sitten zu verneinen.

§ 12. Die Kredittäuschung.

Bei der „Kredittäuschung“ ist das gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten besonders auch in der Art und Weise zu finden, in der einem Dritten möglicherweise ein Schaden zugefügt wird; durch Irreführung über die wahren Vermögensverhältnisse des Schuldners werden die Dritten bewogen, ihm Kredite einzuräumen und sich so der Möglichkeit einer Schädigung auszusetzen. Die Unsittlichkeit liegt darin, daß durch die umfassende Sicherungsübereignung „die im redlichen Verkehr vorausgesetzte Kreditgrundlage“ [1]) dem Vermögen des Schuldners und damit dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen wird. Durch die aus dem Kreditsicherungsvertrage folgende Beschränkung der wirtschaftli-

[1]) so lautet die häufige Formulierung des RG.

chen Freiheit des Schuldners wird dessen wirtschaftliche Selbständigkeit vernichtet [2]); diese Gestaltung der Verhältnisse bleibt den Außenstehenden verborgen, so daß diese sich über die wirtschaftliche Selbständigkeit und also die Kreditwürdigkeit des Schuldners täuschen müssen.

Hamelbeck [3]) weist allerdings mit Recht darauf hin, daß man immer „Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit" schreibt [4]), aber doch nur die Kreditwürdigkeit meint; die Selbständigkeit eines Kreditsuchenden interessiert — ebenso wie seine Vermögensverhältnisse — nur weil und soweit sie ein Gesichtspunkt ist, unter dem man seine Kreditwürdigkeit beurteilen kann; der andere Gesichtspunkt sind seine Vermögensverhältnisse, wie groß sein Vermögen ist, und welche Verpflichtungen darauf ruhen. Für die Kreditwürdigkeit, für den sogen. Personalkredit [5]), ist ja bei der Feststellung der Aktivposten zweierlei von Bedeutung: 1. welche Zugriffsmöglichkeiten bietet das derzeitige Vermögen des Kreditsuchenden, und 2. welchen Wert messe ich der mit der Person des Schuldners verbundenen Aussicht bei, daß er in Zukunft Verdienst haben, Vermögen ansammeln werde, das dann zur Befriedigung meiner Forderungen dienen kann. Wenn man also „Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit" schreibt, dann ist damit auf diese persönlichen (Nr. 2) und sachlichen (Nr. 1) Unterlagen des Personalkredits Bezug genommen.

Ueber die Gestaltung dieser Verhältnisse werden nun außenstehende Dritte getäuscht, wenn ein Kreditnehmer sein gesamtes Vermögen, seine gegenwärtigen und zukünftigen Aktiven, einem Gläubiger als Sicherheit übereignet hat, aber, da die Sicherungsübereignung nach außen nicht erkennbar wird, den Eindruck eines kreditwürdigen Mannes erweckt. Im redlichen Verkehr darf man darauf vertrauen, daß das, was ein Kreditsuchender in seinem Besitze hat, zum mindesten in angemessenem Umfange, auch in seinem freien Eigentum steht, und daß jemand, der als selbständiger Geschäftsmann auftritt, auch wirklich eine wirtschaftliche Persönlichkeit darstellt, deren künftige Geschäfte und Gewinnaussichten man als Kreditunterlage in Betracht ziehen kann und darf.

In den §§ 1006, 1205/06, 932 ff. BGB., 366 HGB. finden wir den Gedanken niedergelegt, man dürfe auf den vom Besitze ausgehenden Schein, daß der Besitzer auch ein Recht a n der Sache habe, vertrauen; aus § 419 BGB. auch §§ 288, 289 StGB. sowie § 1967 BGB. und den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes können wir ersehen, daß der Gesetzgeber die Beziehungen zwischen dem Personalkredit und dem Ver-

---

[2]) was, wie oben ausgeführt, dem Schuldner gegenüber, also im „Innenverhältnis", das aber als solches hier nicht interessiert, eine Knebelung bedeuten kann.

[3]) S. 28.

[4]) z. B. RG. 130, 1 = JW. 1930, 3542.

[5]) der Gegensatz dazu ist der (dinglich) gesicherte Kredit.

mögen des Kreditnehmers als Unterlage des Kredites anerkennt. Auch aus folgenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs können wir ersehen, welchen Wert der Gesetzgeber den Vermögensverhältnissen der Personen des Handelsverkehrs und der Kenntnis beimißt, die die Allgemeinheit davon erhält: §§ 105 I, 106 (OHG.), 161 I, 162 (Kommandit-Ges.), 178, 186, 195 II Ziff. 2 u. 3, 207, 289 III (AG.). Weiter scheint die im § 15 HGB. niedergelegte Idee nicht ohne Einfluß auf die Rechtsprechung gewesen zu sein. Diese Idee wird meist mit dem Satze „dem Schweigen des Handelsregisters könne man trauen" wiedergegeben. Es wird mißbilligt, wenn die Veränderungen in der Kreditwürdigkeit eines Geschäftsmanns, der einem Gläubiger zu dessen Sicherung weitgehende Rechte eingeräumt hat, nicht in Erscheinung treten, wenn dadurch der gesicherte Gläubiger wirtschaftlich zum eigentlichen Geschäftsinhaber geworden ist [6]).

Für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit eines Kreditsuchenden sind nicht nur seine aktiven Vermögenswerte, sondern auch seine Verbindlichkeiten, die Passiven, von Bedeutung, denn diese mindern ja den Anteil an der Zugriffsmasse, der auf den einzelnen Mitgläubiger entfällt. Im Konkurse, wo sich ja letztlich der wahre Wert einer Forderung erweist, mindert sich die an die nicht bevorrechtigten Gläubiger zur Ausschüttung gelangende Masse zunächst um die Aus- und Absonderungsrechte, insbesondere die von einem Absonderungsberechtigten in Anspruch genommenen Werte werden der Masse ja nur soweit entzogen, wie die Höhe der durch sie gesicherten Forderung beträgt. Auch die mit einem Vorrecht ausgestatteten Forderungen [7]) schmälern die für die gewöhnlichen Konkursgläubiger verbleibende Masse; aber auch jede gewöhnliche Konkursforderung, die mehr an dem Verfahren beteiligt ist, verkleinert die Quote, die an den Einzelnen ausgeschüttet werden kann. Um die Güter einer Forderung bzw. eines Schuldners beurteilen zu können, muß man sich also auch Kenntnis von dessen Passiven verschaffen.

Nun kennt aber unsere Rechtsordnung auf dem Gebiete der schuldrechtlichen Forderungsrechte keinen Schutz des guten Glaubens; weder das Vertrauen auf das Bestehen einer Forderung, noch das Vertrauen auf das Nichtbestehen von Schulden wird geschützt [8]); es bestehen ja

---

[6]) RG. JW. 1911, 650 = BankA. 1910 Nr. 283 ist davon die Rede, daß nach außen aber das alte Gesicht der Firma aufrechterhalten werde; RG. JW. 1914, 83 heißt es, die Lieferanten mußten glauben, noch die a l t e kreditwürdige Firma vor sich zu haben. Vgl. auch den § 25 HGB.

[7]) §§ 57 ff. (Massegläubiger); § 61 Ziff. 1—5 KO.

[8]) auch genießt ein Glaube daran, daß eine Forderung, deren Bestehen unzweifelhaft ist, einer bestimmten Person „noch" zustehe, im allgemeinen keinen Schutz; er wird nur dann geschützt, wenn er in der Person des Schuldners vorliegt. (arg. § 408 BGB.).

auch hier keine Anknüpfungspunkte, keine Grundlagen, wie der Besitz, das Grundbuch, das Handelsregister [9]), die den Schutz des Vertrauens auf solche erkennbaren Umstände fordern und rechtfertigen könnten. Im Verkehr bildet sich mangels jeder greifbaren und von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannten Unterlage [10]) keine Anschauung über die Verschuldung, die Passiven, eines Kreditsuchenden. Diese Passiven sind zwar von Bedeutung für die Beurteilung seiner Kreditfähigkeit, aber die Höhe der Schulden oder das Nichtverschuldetsein ist keine „im Verkehr vorausgesetzte“ Kreditgrundlage; es ist eine verkehrsmäßige Gefahr, daß man nicht erkennen kann, mit was für Verpflichtungen der Geschäftspartner belastet ist. Auch die Art und Weise, in der ich die Gefahr der Schädigung anderer Kreditgeber herbeiführe, dadurch, daß ich einem faulen Kunden einen Kredit gewähre und es ihm so ermögliche, sich noch eine Weile behaupten zu können, kann im allgemeinen nicht als anstößig bezeichnet werden, wenn ich selber das gleiche Risiko, nur mit einer Konkursquote für meine Forderung Befriedigung zu erhalten, auf mich nehme, das ich auch anderen zumute, und selber keine besseren Aussichten oder Gewinne durch dieses Geschäft erzielen will als die Chancen, die für jeden anderen auch bestehen [11]).

Während also das Vertrauen auf den Schein der Kreditwürdigkeit und wirtschaftlichen Selbständigkeit dann geschützt wird, wenn dieser Schein durch eine Person hervorgerufen wird, deren Verhältnisse durch zu weitgehende Sicherungsübereignungen untergraben worden sind, erfolgt ein Schutz Dritter dann nicht, wenn der Schein der Kreditwürdigkeit nur durch die Gewährung ungesicherter (nicht bevorrechtigter) Kredite hervorgerufen worden ist und auch die wirtschaftliche Freiheit und Selbständigkeit des Kreditsuchenden keine Beschränkungen erfahren hat.

Es scheint, als wenn nicht nur rein rechtliche Gesichtspunkte, sondern auch wirtschaftliche Ueberlegungen und Einflüsse für die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Kreditsicherungsrechts, der sogen. Kredittäuschungs- und Knebelungsverträge, von Bedeutung gewesen sind. Durch die Schaffung bzw. die rechtliche Anerkennung der Rechtsfigur der Sicherungsübereignung wurde der Kreis der zur Sicherstellung von Krediten — wir können ruhig sagen, zur „Verpfändung“ — geeigneten Gegenstände sehr erweitert. Es gibt heute eigentlich keinen Wirtschaftszweig mehr, in dem nicht jeder Gegenstand, jede Ware in jeder Phase des Verarbeitungs-

---

[9]) oder nur ein tatsächlicher Zustand, wie er bei § 1028 II BGB. genügt, um den guten Glauben zu zerstören, der also auch ein beachtlicher Anknüpfungspunkt ist für das Bild, das man sich nach den äußeren Umständen von den bestehenden Rechtsverhältnissen machen darf.

[10]) Anders liegt es z. B. bei der absichtlichen Irreführung oder der Erteilung falscher Auskünfte.

[11]) Aus RG. 133, 234 geht hervor, daß der gute Glaube in Bezug auf die Forderungsdiskontierung nicht schutzwürdig erscheint.

oder Verteilungsganges geeignet wäre, zur Bestellung als Sicherheit für einen Kredit Verwendung zu finden. Roh-, Halb- und Fertigfabrikate, das Holz im Walde und die Ware, die vom Lieferanten direkt an den Käufer unterwegs ist, sind alle der Sicherungsübereignung zugänglich. Da von diesen Möglichkeiten, zu denen noch der Eigentumsvorbehalt und die im Gesetz aufgestellten Pfandrechte hinzukommen, in immer größerem Umfange Gebrauch gemacht wird, ist der Zustand schließlich der, daß im Falle einer Zwangsvollstreckung oder des Konkurses so gut wie alles den bevorrechtigten Gläubigern zusteht und die gewöhnlichen Gläubiger fast gar nichts für ihre Forderungen erhalten. Es wurde, nachdem die durch die schlechte Wirtschaftslage hervorgerufenen Schwierigkeiten noch hinzukamen und die Fälle der Zahlungseinstellungen sich mehrten, unmöglich, einen reinen Personalkredit zu gewähren, ohne stärkstens Gefahr zu laufen, das ganze Geld zu verlieren. Um den Personalkredit wieder seine ihm zukommende Bedeutung zu verschaffen, führt die Rechtsprechung den „gute Sitte-Feldzug“ [12]) gegen die zu ausgedehnten Sicherungsübereignungen. Der Angriffspunkt liegt in der Unerkennbarkeit der wahren Sachlage, der Veränderung der Verhältnisse infolge des Gebrauchs dieses Sicherungsmittels, und der daraus folgenden Irreführung und Gefährdung Außenstehender.

§ 13. Die Stellung des Schrifttums zur Gläubigergefährdung und insbesondere zur Kredittäuschung.

Diese Rechtsprechung, die den nicht gesicherten Gläubigern günstig ist, wird im Schrifttum aufs schärfste bekämpft. Das ihr anscheinend zugrundeliegende wirtschaftspolitische Ziel, die Gewährung von ungedeckten Krediten wieder zu ermöglichen, den Personalkredit wieder zu Ehren zu bringen, wird als praktisch unerreichbar bezeichnet [1]); dagegen wird dieser Rechtsprechung zum Vorwurfe gemacht, daß sie das Geschäftsleben nur unnötig dadurch erschwere, daß sie den Kreditverkehr neben den in der Sache selbst liegenden Verlustmöglichkeiten noch mit einem neuen Risiko belaste, dadurch, daß nun auch ein gesicherter Gläubiger nicht vorhersehen könne, ob er sich aus seinen Sicherheiten auch wird befriedigen dürfen, oder ob er gar wird Schadensersatz leisten müssen [2]). Die Rechtsprechung solle lieber den Begriffen des kaufmännischen Ver-

---

[12]) So Bauer-Mengelberg JW. 1932, 2699.

[1]) Bauer-Mengelberg, JW. 1932, 2699: Es muß vorangeschickt werden, daß der ganz „moralischen“ Transaktion jeder vernünftige Sinn fehlt.
Vgl. aber § 13 a. E. (S. 44/45).

[2]) Bauer-Mengelberg JW. 1931, 2089; 1932,: 2699; Gerhard a. a. O.

kehrs folgen [3]; auf jeden Fall seien die zur Zeit gestellten Anforderungen unerträglich hoch [4].

Im einzelnen wird geltend gemacht, daß die Nichterkennbarkeit für Außenstehende gerade ein integrierender Bestandteil der Sicherungsübereignung sei [5], und daß es darum widerspruchsvoll sei, wenn gerade darin einer der Umstände erblickt würde, wegen deren eine Kreditsicherung mittels Sicherungsübereignung sich als Verstoß gegen die guten Sitten darstellen könne [6]. Auch fände eine Täuschung des redlichen Verkehrs darum nicht statt, weil heutzutage überhaupt kein Mensch mehr damit rechne und rechnen könne, daß ein Kreditsuchender über das in seinem Besitze befindliche Vermögen verfügen könne; die allgemein bekannte und geübte Anwendung von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung hätten die Vermutung des § 1006 BGB. derart untergraben, daß es geradezu eine Naivität sei, noch darauf zu vertrauen [7] [8].

Bevor wir auf die Berechtigung dieser Angriffe näher eingehen, sei festgestellt, daß zwar die Schärfe der Beurteilung der einzelnen Fälle durch das RG. im Laufe der Jahre geschwankt hat, daß aber keineswegs eine grundsätzliche Veränderung der Beurteilungsgesichtspunkte eingetreten ist, oder daß das RG. plötzlich neue Gesichtspunkte aufgestellt hätte, die nicht in den Rahmen des bis dahin für die Beurteilung der Kreditsicherungsverträge aufgestellten Systems hineinpaßten [9].

Was nun die Vermutung des § 1006 BGB. angeht, die durch die abweichende Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse „tot" sein soll, so ist zu bedenken, daß schon das BGB. verschiedene Möglichkeiten kennt (z. B. Leihe, Miete), aus denen heraus sich die tatsächlichen Verhältnisse anders gestalten können, als es der § 1006 vorsieht, und doch trug man keinerlei Bedenken, die fragliche Vermutung aufzustellen, und den guten Glauben an den durch den Besitz hervorgerufenen Schein zu schützen.

---

3) Fischer, JW. 1921, 1363; Koch (1931) S. 147; Weinhausen S. 34, 35: möglichst rechtzeitiger und gründlicher Zusammenbruch läge gar nicht im Interesse der Gesamtwirtschaft.

4) Wilmersdoerffer a. a. O.; Simonson a. a. O. S. 42.

5) Vgl. o. § 1 S. 3 (nach Anm. 12).

6) Fischer JW. 1921, 1363; Koch (1922) S. 74; Simonson a. a. O. S. 44; Weinhausen S. 32/3.

7) Bauer-Mengelberg, JW. 1931, 2088 q; ähnlich Ackermann S. 27 ff.; Stulz JW. 1932, 1965.

8) Darum müßten die Dritten sich erkundigen, bevor sie sich mit dem Schuldner und Sicherungsgeber einlassen. So Simonson a. a. O. S. 44/5, ähnlich Fischer, JW. 1921, 1363.

9) a. M. Gerhard a. a. O., der die Entsch. im 136. Bd. als neue große Gefahr für die Kreditgeber bezeichnet. Vgl. auch Weinhausen oben § 3 S. 10 Anm. 7.

Schließlich wird ja auch niemand ernsthaft behaupten, daß er ganz allgemein die Anwendung des § 932 oder § 1006 BGB. ablehnt, weil die dort zugrundegelegten Vermutungen heute häufig den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr entsprechen.

Bei den Grundsätzen, die sich für den Schutz des guten Glaubens im Kreditverkehr entwickelt haben, kommt nun weder eine direkte noch eine analoge Anwendung der angeführten Bestimmungen in Betracht. Wie oben ausgeführt wurde, findet nur eine Anlehnung an die in diesen Bestimmungen niedergelegte Idee statt. Wenn jemand in dem irrigen Glauben, ein Kreditsuchender sei kreditfähig (vermögend), diesem einen Kredit gewährt, dann bezieht sich ja weder der gute Glaube auf einzelne, bestimmte Gegenstände, noch wird das Geschäft gerade über diese Gegenstände abgeschlossen; die Bedeutung, die dem Bestehen oder Nichtbestehen der Vermutung des § 1006 BGB. als solcher für die uns beschäftigenden Fragen zuzumessen ist, ist nicht so groß. Es wird mißbilligt, daß jemand als vermögend und wirtschaftlich selbständig auftritt, der es nicht ist. Wir haben hierzu auch oben auf die Idee des § 15 HGB. verwiesen. Wer als Kreditsuchender gewissermaßen mit dem stillschweigenden Hinweis [10]) auf die Sicherheiten, die sein Besitz und sein Geschäftsbetrieb biete, auftritt, von dem wird zwar nicht angenommen, daß er alles in seinem freien Eigentum hätte (dazu sind Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt allerdings heute zu gebräuchlich), aber man muß doch annehmen, daß diese Werte in angemessenem Maße als Unterlagen des in Anspruch genommenen Kredites dienen können; weder ist es bei uns so schlecht, daß jedermann selbstverständlich tief verschuldet ist, noch sehen wir es im redlichen Geschäftsverkehr als üblich an, daß man nur auf die schwache Aussicht, die ein solcher Geschäftsmann bietet, einen Kredit gewährt oder in Anspruch nimmt. Es kommt eben nicht auf die Eigentumsverhältnisse in Bezug auf die einzelne Sache an, sondern auf die Gesamtverhältnisse; wesentlich ist, wie häufig betont wird, der Verlust der Selbständigkeit, die noch lange nicht bedroht ist, wenn einzelne Gegenstände oder einzelne Gruppen von Gegenständen (üblicherweise) zwar im Besitz aber nicht im Eigentum des Kreditsuchenden stehen [11]).

[10]) Um noch einmal den Vergleich mit dem Zechpreller heranzuziehen; es ist erlaubt zu fordern: „L e i h' mir Geld, ich habe nichts; vielleicht siehst Du es wieder!" aber es ist nicht erlaubt zu fordern: „L i e f e r e" (mit dem stillschweigenden Zusatz, ich zahle bar (Zechpreller)), oder „Leih' mir was", mit dem stillschweigenden Verweis auf die üblichen Kreditunterlagen, die scheinbar bei ihm im ausreichenden Maße gegeben sind.

[11]) RG. 57, 171; RG. JW. 1911, 651; 1916, 476; 1921, 1363; 1930, 2930; RG. HRR. 1930 Nr. 90; RG. Recht 1916 Nr. 446; RG. Warn. 1931 Nr. 155; RG. BankA. 29, 14; OLG. Kiel, Schlesw.Holst.Anz. 1913, 70.

Jaeger, JW. 1916, 476; Mohn, S. 312/13; Stern S. 82; Simonson a. a. O. S. 42.

Wenn nun von den Gegnern der reichsgerichtlichen Rechtsprechung geltend gemacht wird, die Geheimhaltung von Kreditgeschäften und insbesondere Sicherheitsbestellungen sei der Natur der Sache nach selbstverständlich und zu billigen, dann liefern sie damit doch selber das Material, um sie bekämpfen zu können. Die Geheimhaltung müsse erfolgen, weil sonst jedermann erkenne, daß der Kreditnehmer nicht mehr kreditwürdig sei, ihm deshalb keine Kredite gegeben, keine Waren auf Kredit geliefert würden und infolgedessen die Weiterführung des Geschäfts in Frage gestellt würde. Damit ist aber ganz eindeutig darauf hingewiesen, daß es die Absicht der an so einem nach außen nicht erkennbaren Kreditgeschäft Beteiligten ist, Dritte durch Irreführung zur Kredithingabe und damit dazu zu bewegen, sich einem ihnen nicht erkennbaren Risiko im Interesse anderer auszusetzen. Wenn es wirklich so allgemein üblich wäre, daß ein Kreditsuchender nicht mehr der freie Eigentümer der in seinem Besitz befindlichen Vermögensgegenstände ist, dann wäre ja die Geheimhaltung eines Kredit- bzw. Kreditsicherungsgeschäftes zwecklos und überflüssig, denn trotz der Undurchsichtigkeit der Sachlage würde dann niemand auf den Gedanken kommen und kommen dürfen, es mit einem kreditwürdigen Manne zu tun zu haben, da dieser ja noch im Besitze von Vermögenswerten und von seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit zu sein scheine.

Man darf zwar heute ohne ins Einzelne gehende Erkundigung nicht darauf vertrauen, daß alle Gegenstände, die sich im Besitze eines Kreditsuchenden befinden, auch in dessen freiem Eigentum stehen[12]); einzelne Gegenstände und Gruppen von Gegenständen sind häufig zugunsten anderer Kreditgeber belastet. Aber andererseits dürfen Dritte doch zum mindesten annehmen, daß der Erlös aus neuen Lieferungen frei ist, und daß ein Kreditsuchender noch eine gewisse Kreditwürdigkeit und wirtschaftliche Selbständigkeit für sich in Anspruch nehmen kann und nicht nur der Kommissionär oder Geschäftsführer eines seiner Gläubiger ist.

Die Bestrebungen, die zur Zeit in bezug auf den sog. uneigentlichen Eigentumsvorbehalt im Gange sind, sind sehr aufschlußreich dafür, was heute in Handelskreisen als ehrenhaft und erstrebenswert und was als mißbilligenswert angesehen wird. Die Bestrebungen gehen dahin, den übermäßigen Gebrauch auch des Eigentumsvorbehalts — und seiner weiteren Ausgestaltungen, die auch die aus der gelieferten Rohware entstandenen Fertigfabrikate und die vom Erwerber erzielten Wiederverkaufspreise zu erfassen suchen — einzuschränken und andererseits den Erwerber zu hindern, diese Werte zugunsten einer Kreditbeschaffung von anderer Seite zu belasten. Es zeigt sich also auch hier, daß der redliche

---

[12]) Vgl. z. B. RG. JW. 1932, 1967.

Verkehr nicht so unbedingt damit einverstanden ist, daß ein scheinbar selbständiger Kaufmann in Wahrheit keine wirtschaftliche Selbständigkeit besitzt [13]).

Auch die Entschließung der Spitzenverbände von Handel, Industrie und Bankgewerbe, die von der Hauptgemeinschaft des Einzelhandels am 20. Mai 1933 der Oeffentlichkeit übergeben wurde, zeigt, daß man den Personalkredit wieder zu Ehren bringen will.

Die einzelnen Voraussetzungen der Kredittäuschung.

§ 14. Der Umfang der Sicherungsübereignung.

Ein Kreditsicherungsgeschäft stellt sich dann als eine außenstehenden Dritten gegenüber gegen die guten Sitten verstoßende Hangslungsweise dar, wenn durch nach außen nicht hervortretende Sicherungsmaßnahmen die Kreditwürdigkeit des Schuldners erschüttert worden ist und für neue ungesicherte Kreditgeber so die Gefahr besteht, daß sie die Gelder, die sie in dem irrigen Glauben an die Kreditwürdigkeit des Schuldners hergegeben haben, verlieren, während der gesicherte Gläubiger kein derartiges und ihm unbekanntes Risiko eingeht. Diese mißbilligte Form der Gefährdung Dritter liegt vor, wenn der Kreditnehmer im Wege der Sicherungsübereignung seines Vermögens beraubt worden ist u n d diese Tatsache für die Allgemeinheit verborgen bleibt [1]).

Wir haben schon bei der Darstellung der Knebelungsverträge gesehen, daß ein Schuldner, der sein ganzes Vermögen als Kreditsicherung weggibt, damit meist auch eine starke Beschränkung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit erleidet. Wir sahen, daß in den Kreditsicherungsverträgen neben der Vereinbarung von Pfandrechten und Sicherungsübereignungen den Gläubigern Kontrollrechte, Mitbestimmungsrechte und ähnliches eingeräumt werden können und werden, die weiter zur Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Schuldners beitragen. Es werden also durch zu weitgehende Sicherungsübereignungen in Verbindung mit anderen Bestimmungen oder auch ohne diese die im redlichen Verkehr vorausgesetzten Kreditunterlagen des Schuldners, sowohl das derzeitige (scheinbare) Vermögen wie auch die in der Person des Schuldners und seiner (scheinbar) freien beruflichen Betätigung begründeten Aussichten, daß er Werte erwerben werde [2]), zerstört.

---

[13]) schon in RG. Gruch. 55, 885 finden wir die Idee des uneigentlichen Eigentumsvorbehalts.

[1]) Daß für das Vorliegen einer Kredittäuschung sowohl die Vereinbarung einer umfangreichen Sicherungsübereignung als auch deren Geheimhaltung erforderlich sind, sprechen aus: RG. JW. 1911, 650 = BankA. 1910, 283: JW. 1914, 83; JW. 1916, 478; JW. 1917, 217, 282; JW. 1921, 1363; JW. 1928, 52 = RG. 118, 361; JW. 1930, 2298 = RG. 127, 337; JW. 1931, 2088 p; RG. 132, 183.

[2]) s. o. § 12 S. 38.

Das gesamte [3]) oder fast das gesamte [4]) Vermögen des Schuldners muß von der Sicherungsübereignung ergriffen werden. Unter dem gesamten Vermögen sind sowohl die gegenwärtigen wie die zukünftigen Vermögenswerte [5]), Waren und Forderungen, zu verstehen. Es genügt zur Ablehnung des Vorliegens eines Verstoßes gegen die guten Sitten, daß die zukünftigen Außenstände nicht mitergriffen werden [6]).

Gerade in Bezug auf die Abtretung zukünftiger Forderungen (Außenstände) — deren Zulässigkeit ja ebenso wie die der Uebereignung mittels antizipierten Besitzkonstitutes [7]) von der h. L. bejaht wird [8]) — ist die Rechtsprechung nicht ganz einheitlich. Während noch Entscheidungen des RG. aus neuerer Zeit [9]) feststellen, daß auch dann ein Kreditnehmer sich seines ganzen Vermögens und damit seiner Kreditwürdigkeit zugunsten des Sicherungsnehmers begeben habe, wenn er sich nur zur Abtretung seiner zukünftigen Geschäftsforderungen (oblg.) verpflichtet habe, diese also zunächst in seiner Person entstehen, stellt das RG. in einer neuesten Entscheidung [10]) fest, daß eine „Knebelung" nicht vorläge, da der Kreditnehmer nur obligatorisch verpflichtet gewesen sei, künftige Kaufpreisforderungen abzutreten. Diese letztere Auffassung erscheint zu formalistisch und nicht billigenswert; es ist zwar richtig, daß der Schuldner noch die Verfügungsmöglichkeit über die zukünftigen Außenstände, zu deren Abtretung er sich nur obligatorisch verpflichtet hat, behält, aber bei der Beurteilung der Unsittlichkeit eines Kreditsicherungsvertrages sind doch die gesamten vorliegenden Umstände zu berücksichtigen, und da ist es dann von Wichtigkeit, daß ein Kreditnehmer es fast nie wagen kann und wird, die Kreditsicherungsvereinbarung so zu mißachten [11]). Es kann dann eben doch nicht die Rede

---

[3]) RG. Gruch. 55, 885; 62, 86; RG. HRR. 1929 Nr. 1719.

[4]) RG. 118, 362; RG. JW. 1921, 1363; 1931, 2088 p.

[5]) RG. JW. 1914, 84; 1931, 515; RG. HRR. 1930 Nr. 90; RG. Gruch. 55, 885; RG. Warn. 1931 Nr. 154; RG. LZ. 1919, 493.

[6]) RG. 118, 363; RG. JW. 1916, 476; 1917, 282; OLG. Kiel Schlesw. Holst.Anz. 1913, 70.

[7]) Gottschalk JW. 1932, 1717 mit weit. Verw.

[8]) RGRKomm. § 398 Anm. 2 III; Wolff § 67 I 2; JW. 1932, 1965/67. Wegen der Notwendigkeit einer genügenden Bestimmtheit, vgl. oben § 1 S. 3 Anm. 15.

[9]) RG. Warn. 1931 Nr. 155. RG. HRR. 1930 Nr. 90.

Vgl. auch RG. JW. 1914, 84.

[10]) RG. Warn. 1932 Nr. 176; im übrigen vgl. oben § 10 S. 35 Anm. 39, daß diese Entscheidung trotz des Gebrauches des Wortes Knebelung sich auf die Gläubigergefährdung bezieht.

[11]) Es wird weiter zu beachten sein, daß es überhaupt garnicht immer möglich sein wird, die zukünftigen Forderungen bereits vorher abzutreten, da es häufig an der nötigen Bestimmtheit dieser Forderungen (vgl. Anm. 8) fehlen wird. Auch bei anderen den Schuldner beschränkenden Bestimmungen des Kreditsicherungsvertrages — Kontroll- und Mitbestimmungsrechte z. B. — kann in dem Vertrag zunächst nur eine obl. Bindung des Schuldners

davon sein, daß er diese Werte noch zu seiner freien Verfügung hätte.

Auch wenn dem Kreditnehmer noch geringfügige Werte zur freien Verfügung verblieben sind, so kann das nicht hindern, daß die Sicherungsübereignung als zu weitgehend angesehen wird, wenn auch nur so gut wie das gesamte Vermögen von ihr ergriffen wird [12]).

Auch wenn eine umfangreiche und nicht erkennbare Sicherungsübereignung vereinbart wurde, ist ein Kreditsicherungsvertrag dann nicht sittenwidrig, wenn dem Schuldner noch genügend Werte zur freien Verfügung blieben [13]). Es ist also beachtlich, ob die von diesem Kreditsicherungsvertrage nicht erfaßten Werte anderweitig übereignet sind [14]); ob es noch angemessene, genügend Werte sind, ist aus dem Verhältnis der zur Sicherheit übereigneten Gegenstände zum gesamten Vermögen des Schuldners sowie zu dem Werte der von der Uebereignung nicht ergriffenen Gegenstände zu beurteilen. Weiter ist auch der Betrag der sonstigen, ungesicherten Verpflichtungen des Schuldners von Bedeutung.

Der Schuldner hat dann noch genügend freie Werte, wenn diese ausreichen, die gegenwärtigen ungesicherten Gläubiger zu befriedigen und auch den voraussichtlichen zukünftigen Bedarf des Schuldners zu decken [15]). Es wird auch oft genügen, wenn die gegen die Deckung der Sicherungsübereignung gewährten Kreditmittel den Schuldner in die Lage versetzen, laufend seinen Verbindlichkeiten nachzukommen [16]) oder wenn sich der Sicherungsnehmer verpflichtet, für deren Begleichung Sorge zu tragen [17]).

Wie oben [18]) ausgeführt, genügt es aber nicht, daß der Kreditnehmer nur unverbindlich sich hierzu bereit erklärt hat, sondern er muß eine dahingehende bindende Verpflichtung eingegangen sein, weil sonst die Erfüllung und damit die Befriedigung der dritten Gläubiger ganz

---

erzielt werden, und doch sind diese Verpflichtungen als bedeutsame Beschränkungen seiner wirtschaftlichen Freiheit anzusehen. Schließlich soll noch auf die z. B. von Wolff (§ 66 I 4) vertretene Meinung verwiesen werden, nach der zur Uebereignung im Wege des antizipierten Besitzkonstitutes es erforderlich ist, daß der Einigungswille noch im Zeitpunkte des Besitzerwerbes (durch den Schuldner) bestehe. Danach wäre also selbst bei der vorherigen Uebereignung zukünftiger Sachen die Erfüllung noch von dem Willen des Schuldners abhängig, der nur auf Grund des Kausalgeschäftes verpflichtet ist, seinen — zunächst vorhandenen — Uebereignungswillen fortdauern zu lassen, ihn nicht zu ändern.

[12]) RG. 118, 362; KuT. 1929, 56.

[13]) RG. 85, 343 = JW. 1915, 30; RG. 132, 183; 133, 234; RG. JW. 1916, 477; 1917, 217, 282; RG. LZ. 1917, 470.

[14]) RG. JW. 1931, 2090.

[15]) RG. 118, 363; RG. JW. 1931, 515, 2090; 1932, 2525, 2701; RG. Recht 1916 Nr. 447.
Fachinger S. 62.

[16]) RG. Warn. 1932 Nr. 176 a. E.

[17]) RG. JW. 1916, 476.

[18]) s. o. § 3 S. 12/13 zu Anm. 19 auch § 7 S. 23 zu Anm. 18.

von dem jeweiligen Interesse des gesicherten Kreditgebers an der Fortführung des Geschäftes abhängig wäre [19]).

Ebenso genügt natürlich auch die Feststellung, daß die nach Abschluß des Kreditgeschäfts noch vorhandenen Mittel zu einer Weiterführung des Geschäfts vollständig ausreichend waren, und daß eine Inanspruchnahme anderer Kreditgeber nicht notwendig und nicht zu erwarten war.

§ 15. Die Geheimhaltung der Sicherungsübereignung.

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Kredittäuschung ist die „Geheimhaltung" der zu umfassenden Sicherungsübereignung oder korrekter die „Nichterkennbarkeit" des Fehlens der im Verkehr vorausgesetzten Kreditgrundlage, dieser dritte Kreditgeber gefährdenden Sachlage. Die „Geheimhaltung" ist nur Tatbestandsmerkmal der Kredittäuschung. Für den Tatbestand der Knebelung und der Gläubigerabsperrung ist die Nichterkennbarkeit der Sachlage ohne Bedeutung, da ja hier der Sittenverstoß nicht aus einer auf einer Täuschungsmöglichkeit mitberuhenden Gefahr einer Schädigung gefolgert wird. Es ist also müßig, unterscheiden zu wollen, ob es mehr auf die zu umfassende Sicherungsübereignung oder auf deren Geheimhaltung ankomme [1]); die Frage der Geheimhaltung ist nur für den Tatbestand der Kredittäuschung von Wichtigkeit, und dort sind die zu umfassende Sicherung und ihre Geheimhaltung gleichwertige Tatbestandsmerkmale. Sie rufen gemeinsam den Schein einer nicht vorhandenen Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit hervor und schaffen so eine Sachlage, die eine gegen die guten Sitten verstoßende Schädigungsmöglichkeit enthält. Fehlt eines dieser Tatbestandsmerkmale, dann ist eine Kredittäuschung nicht gegeben.

Wenn die Parteien ausdrücklich die Geheimhaltung der Kreditsicherungsmaßnahmen vereinbart haben, so ist damit unzweifelhaft dieses Tatbestandsmerkmal einer Kredittäuschung in objektiver und subjektiver Hinsicht gegeben [2]). Nun wird, was wir im anderen Zusammenhange schon erwähnt haben [3]), auch in den Entscheidungen hervorgehoben, daß es einer ausdrücklichen Vereinbarung unter den Parteien des Kreditsicherungsvertrages über die Geheimhaltung dieses Geschäfts

---

[19]) RG. Recht 1918 Nr. 65; OLG. Kiel, Schlesw.Holst.Anz. 1912, S. 53.

[1]) Stammreich, S. 30; RGRKomm. § 826 Bem. 5 c entwickeln die Anschauungen, daß es mehr auf die Geheimhaltung vor dritten Kreditgebern als auf die Anzahl der zur Sicherheit übereigneten Gegenstände ankäme; ähnlich RG. JW. 1931, 1363; RG. Warn. 1916 Nr. 271; auch RG. JW. 1914, 84 ff. (s. aber unten § 20 S. 63 Anm. 2 über die Sonderumstände dieses Falles.

[2]) RG. 118, 361; 130, 1.

[3]) s. o. § 13 S. 44.

gar nicht bedürfe, da die Geheimhaltung einer solchen Transaktion der Natur der Sache nach eine Selbstverständlichkeit sei [4]); insbesondere, wenn der gesicherte Kredit gegeben wurde, um den Schuldner zu sanieren und ihm die Weiterführung seines Geschäftsbetriebes zu ermöglichen, würde der Zweck dieser Maßnahmen vereitelt, wenn bekannt würde, daß der Schuldner zugunsten des einen Gläubigers aller Kreditunterlagen beraubt sei. Der Schuldner würde dann die zur Weiterführung nötigen sonstigen Kredite (Waren mit Zahlungsziel z. B.) nicht mehr erhalten können [5]). Es wird ausdrücklich betont, daß der Sicherungsnehmer mit der Geheimhaltung durch den Schuldner rechnen müsse, wenn ihn nicht besondere Umstände berechtigen anzunehmen, daß der Schuldner dritte Kreditgeber in Kenntnis setzen werde [6]).

Die Anforderungen der Rechtsprechung gehen so weit, daß nicht nur die geflissentliche Geheimhaltung der umfangreichen Sicherungsübereignung verboten, sondern sogar deren Kundmachung geboten erscheint, um unliebsame Folgen zu vermeiden. Allerdings besteht keine allgemeine Pflicht, jede von der Norm abweichende Gestaltung der Vermögensverhältnisse zu offenbaren und bekannt zu machen [7]). Dagegen kann aus den Umständen des Einzelfalles eine Pflicht zur Offenbarung folgen (z. B. aus vertraglichen Beziehungen, wobei aber die vertragsähnlichen Verhältnisse, die sich schon aus der Einleitung von Vertragsverhandlungen ergeben, noch nicht genügen). Die Verletzung einer solchen speziellen Pflicht zur Aufklärung führt nicht nur zur Kredittäuschung, sondern sogar zum Kreditbetrug [8]). Wird einer der an dem Kreditsicherungsvertrage Beteiligten um Auskunft angegangen, so hat er, wenn er sie erteilt, diese wahrheitsgemäß zu geben — was ja selbstverständlich ist. Allerdings hat sich das RG. in BankA. 1916, 341 sehr engherzig gezeigt in Bezug auf die Auslegung über den notwendigen Umfang der erbetenen Auskunft; es wurde dort als genügend

---

[4]) RG. 85, 343 = JW. 1915, 30; RG.JW. 1914, 83; 1932, 2699; RG. Warn. 1916 Nr. 271; 1929 Nr. 74; 1930 Nr. 67; RG. KuT. 1929, 56; OLG. Kiel Schlesw.Holst.Anz. 1912, 53.

RG. Recht 1916, 446 nimmt keinen Verstoß gegen die guten Sitten an, weil hier aus den Umständen hervorgeht, daß eine Geheimhaltung nicht selbstverständlich war und auch nicht ausdrücklich vereinbart wurde.

[5]) RG. JW. 1931, 2088 p., in welcher Entsch. aber auch ausgeführt wird, daß durch diese Ueberlegungen die zu mißbilligende Gefährdung Dritter durch eine solche Sachlage nicht entschuldigt würde (vgl. auch oben S. 44).

[6]) RG. JW. 1914, 83.

Also eine Vermutung, daß die Geheimhaltung vom Kreditgeber beabsichtigt oder ihm zum mindesten bewußt war.

[7]) RG. JW. 1911, 56; 1929, 3150; 1932, 2703.

[8]) Vgl. u. § 22 S. 69 darüber, daß Kreditbetrug mehr ist als ein Sonderfall der Kredittäuschung und, da gerade die Täuschung hier die unerlaubte Handlungsweise ist, diese die Hauptsache und der Umfang der Sicherungsübereignung nur nebensächlich ist.

angesehen, daß auf die Anfrage eines Dritten nach den Verbindlichkeiten des Sicherungsgebers diese zwar richtig angegeben wurden, ihm aber verschwiegen wurde, daß gerade dem Gläubiger, an den er sich gewandt hatte, im größten Ausmaße Gegenstände zur Sicherung übereignet worden waren. Dagegen legt es in der Entscheidung RG. Warn. 1931 Nr. 17, entsprechend der Tendenz zu immer schärferer Beurteilung der Sicherungsübereignung viel strengere Maßstäbe an die einem Dritten zu erteilende Auskunft; dort war nur ganz allgemein eine Auskunft über den Schuldner erboten worden, und das RG. verlangt, daß der Auskunftspflicht nicht nur ganz allgemein, sondern derart genügt werde, daß der Auskunftheischende in die Lage versetzt werde, den Umfang der Sicherungsübereignungen und damit die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit und Selbständigkeit des Schuldners zu erkennen. Da die Auskunft diesen Erfordernissen nicht genügt hatte, wurde Kredittäuschung als vorliegend angesehen.

Wenn nun auch keine Offenbarungspflicht als solche besteht, so besteht doch, wie das RG. jetzt ausführt, beim Vorliegen einer wegen sehr umfassenden, undurchsichtigen Sicherungsübereignungen für dritte Kreditgeber gefährlichen Sachlage eine Offenbarungspflicht im uneigentlichen Sinne — ähnlich dem Begriff des (untechnischen) Verschuldens im § 254 BGB. — eine Pflicht gegen sich selber [9]). Derjenige, der durch rechtzeitige Warnung der für eine neue Kreditgewährung in Betracht kommenden Personen einen eventuellen Schaden verhütet, die Möglichkeit einer Schädigung beseitigt, kann dadurch wirksam Ersatzansprüche und die Folgen der Nichtigkeit des Kreditsicherungsvertrages abwenden. Wie weit diese Aufklärungspflicht geht, ist so ganz allgemein sehr schwer zu sagen. In BankA. 15, 99 sieht es das RG. als genügend an, wenn den Außenstehenden die Tatsache der Verschuldung des Schuldners bekannt ist, aus der sie dann ohne weiteres auf die Sicherungsübereignung schließen könnten und müßten [10]); andererseits wird in dem oben erwähnten Urteil RG. Warn. 1931 Nr. 17 verlangt, daß der Sicherungsnehmer, der allerdings um Auskunft angegangen worden war, eine genaue und deutliche Schilderung der Verhältnisse des Schuldners gibt. RG. JW. 1931, 515 erklärt es für nicht ausreichend, wenn die erfolgte Sicherungsübereignung eines Warenlagers durch Anbringung von Tafeln kenntlich gemacht wird, es aber nicht zu ersehen ist, wie, und anscheinend auch sorgfältig vermieden wurde, daß die Kreditgeber, die nicht am Wohnorte des Schuldners wohnten, davon Kenntnis erlangen

---

[9]) RG. JW. 1932, 2525; allerdings wurde diese uneigentliche Offenbarungspflicht früher als eine richtige Offenbarungspflicht aus spezieller Sachlage bezeichnet, RG. JW. 1911, 651; 1929, 3150.

[10]) ebenso verlangt RG. LZ. 1917 Sp. 1070, daß Dritte aus hohen Bankkrediten auf die Einräumung von Sicherheiten durch den Schuldner schließen.

konnten[11]). In RG. BankA. 29, 14/15 wurde es für genügend erklärt, daß die Verhältnisse des Schuldners sonst allgemein bekannt waren, wenn auch gerade der eine Gläubiger nichts von der Sicherungsübereignung erfahren hatte. Es wird wohl nicht unbedingt nötig sein, daß jeder genau von der Sicherungsübereignung in Kenntnis gesetzt wird, sondern es wird genügen, daß die Verhältnisse so offenbar sind, daß jeder, der sehen will, auch sehen kann — wie es das RG. ausdrückt[12]. D. h. es besteht für außenstehende Dritte keine Pflicht zu eingehender Nachforschung, sondern sie müssen schon bei kurzer Erkundigung die Möglichkeit haben, in die Eigentumsverhältnisse des Schuldners Einblick zu gewinnen.

Zur Erläuterung diene folgendes: Es ist z. B. im Baumwollhandel üblich, daß sich die einzelnen Firmen, trotzdem sie Konkurrenten sind, über die Schulden ihrer Kunden bei ihnen Auskunft geben, sodaß hier also, wenn von besonderen Geheimhaltungsmaßnahmen abgesehen wird, die Verschuldung bekannt wird und es nun Sache des Dritten ist, sich über die Sicherheiten zu vergewissern; dagegen bewahren die Banken allerstrengstes Stillschweigen — auch untereinander[13] —; wenn hier also die Sicherheiten zu umfassend werden, dann muß Sorge getragen werden, daß diese besonders gefährliche Sachlage auch den für weitere Kredite in Frage kommenden Dritten bekannt wird[14][15].

Die Anwendung der §§ 138, 826 BGB. auf die Kredittäuschung.

§ 16. § 138 I BGB. — sein subjektiver Tatbestand.

Die Möglichkeit der Schädigung irregeführter Dritter durch eine zu umfassende, unerkennbare Sicherungsübereignung stellt sich als Verstoß gegen die guten Sitten dar. Damit ein Vertrag, durch den diese

[11]) Bauer-Mengelberg's (JW. 1931, 2090) Kritik an dieser Entscheidung erscheint unberechtigt.

[12]) RG. 77, 201 = JW. 1911, 811.

[13]) Was z. B. dazu geführt hat, daß ein Kreditsuchender ein und dasselbe Warenlager zwei verschiedenen Banken zur Sicherheit übereignen konnte.

[14]) Hierin liegt vielleicht — neben der Tatsache, daß für die andere Hauptgruppe der Kreditgeber, die Lieferanten der Kreditsuchenden, der Eigentumsvorbehalt als Sicherheit mehr in Betracht kommt wie die Sicherungsübereignung — die Ursache, daß man vielfach die Meinung vertreten findet, die Rechtsprechung gegenüber der Sicherungsübereignung treffe nur die Banken. Vgl. Dove JW. 1921, 1364; Hoeniger JW. 1928, 54; Bauer-Mengelberg JW. 1931, 2089.

[15]) Wegen der Schwierigkeiten und Möglichkeit der Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung in den kaufmännischen Büchern des Schuldners vgl. Ackermann, S. 33 ff.; Hoeniger, Sü, S. 118 ff. und auch den § 13 a S. S. 45 genannten Aufruf.

Sachlage geschaffen worden ist, wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 I BGB. nichtig ist, ist erforderlich, daß auch der subjektive Tatbestand dieses Paragraphen gegeben ist; und zwar muß dieser subjektive Tatbestand im Falle der Kredittäuschung bei beiden Vertragsschließenden vorliegen, da es sich hier um ein gemeinsames, außenstehenden Dritten gegenüber gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten handelt [1]).

Wie oben [2]) ausgeführt, kann der subjektive Tatbestand des § 138 I BGB. auch schon durch ein schwer fahrlässiges Verhalten erfüllt sein; es scheint allerdings, als sei dies für uns nur von theoretischer Bedeutung. An und für sich ist es in der Praxis schon äußerst schwierig, die Grenze zwischen der groben, meist der sogen. bewußten, Fahrlässigkeit und dem bedingten Vorsatz zu ziehen. Das wird in den für uns in Frage kommenden Fällen nun noch dadurch erschwert, daß das RG. für die verschiedensten Tatsachen mit Vorsatzvermutung arbeitet [3]); es wird also bei der praktischen Entscheidung nie notwendig sein, für die Feststellung des subjektiven Tatbestandes sich darauf berufen zu müssen, daß auch grob fahrlässiges Verhalten zu einer Erfüllung genügen könne, sondern wir werden immer zum mindesten das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes feststellen können [4]).

Dieser subjektive Tatbestand, also fast immer der Vorsatz bzw. der bedingte Vorsatz, braucht sich nicht auf die Eigenschaft des Kreditsicherungsvertrages, gegen die guten Sitten zu verstoßen, als solche zu beziehen, sondern nur auf die Tatumstände, aus denen sich dieser Verstoß ergibt [5]). Es genügt das Bewußtsein der möglichen Schädigung Dritter gerade auf diese Art und Weise und die Billigung dieser Sachlage [6]),

---

1) s. o. § 3 S. 10 ff., insbesondere S. 11 Fall 1.
RG. 118, 362/63; RG. JW. 1931, 516; 1928, 53 = RG. Gruch. 58, 826; RG. Warn. 1930 Nr. 67. Wegen der Möglichkeit, daß sich die gesamten Tatumstände schon aus dem Inhalt des Kreditsicherungsvertrages ergeben und darum der objektive Tatbestand allein zu genügen scheint, vgl. oben § 8 S. 24 zu Anm. 5 u. 6 sowie § 3 S. 12.

2) § 3 S. 11 Anm. 12.

3) Vgl. § 15 S. 48/49 zu Anm. 4; § 16 S. 54/55 zu Anm. 12—14, 20—22; § 20 S. 60 Anm. 5.

4) Hierdurch ist für die von uns behandelten Fragen eine Angleichung der Voraussetzungen der §§ 138 und 826 erfolgt, denn bei § 826 genügt in Bezug auf die Schadenszufügung bedingter Vorsatz, während bei § 138 regelmäßig das Bewußtsein der Schädigungsmöglichkeit festgestellt wird (vgl. RG. JW. 1930, 2930; RG. Warn. 1930 Nr. 67). Bauer-Mengelberg (JW. 1931, 2088 q) führt unter Anführung von RG. 118, 363 = JW. 1928, 54 hierzu aus, daß für § 138 die Feststellung, daß die Beteiligten das Bewußtsein der Möglichkeit einer Gläubigerschädigung gehabt hätten, stets v e r l a n g t würde.

5) s. oben § 3 S. 11 zu Anm. 11.

6) RG. 118, 361 = JW. 1928, 52; RG. JW. 1930, 2930; 1931, 518; RG Warn. 1930 Nr. 67; RG. Gruch. 55, 981.

(die ja in dem Handeln trotz Kenntnis in Erscheinung tritt). Auf seiten des Kreditnehmers und Sicherungsgebers wird es einer besonderen Feststellung des Vorliegens dieses subjektiven Tatbestandes nie bedürfen, da ja bei ihm eine ausreichende Kenntnis der Umstände selbstverständlich ist.

In Bezug auf das Bewußtsein der Schädigungsmöglichkeit macht das RG. einen Unterschied zwischen dem Bewußtsein der nur entfernten Möglichkeit einer Schädigung — einer Gefahr, mit der der Sicherungsnehmer nicht ernstlich zu rechnen braucht —, dem einer nahen Möglichkeit und dem einer nicht ganz entfernten Möglichkeit einer Schädigung Dritter. Während das Bewußtsein der nur entfernten Möglichkeit einer Schädigung nicht als ausreichend angesehen wird, um den subjektiven Tatbestand zu erfüllen, soll es nicht unbedingt erforderlich sein, daß die Kenntnis der nahen Möglichkeit der Schädigung festgestellt werde, da auch das Bewußtsein der nicht ganz entfernten Möglichkeit einer Schädigung als ausreichend angesehen werden müsse [7]).

Simonson sagt hiervon, daß es sich um eine nicht ganz leichte Unterscheidung handele [8]); Bauer-Mengelberg [9]) führt dazu aus, daß unter einer „nahen" also die praktisch drohende Möglichkeit, unter einer „nicht entfernten" wohl die nur theoretisch wahrscheinliche Möglichkeit der Schädigung Dritter verstanden werden müsse [10]); er meint, daß ein Vorsatz sich nur auf konkrete Wahrscheinlichkeiten aber nicht auf abstrakte Hypothesen beziehen könne [11]).

---

7) RG. JW. 1911, 324; 1931, 517; 1932, 2524, 2701.

8) a. a. O. S. 43. Wilmersdoerffer a. a. O. bezeichnet die Anforderungen des RG. als nahezu unerfüllbar.

9) JW. 1932, 2701.

10) Vgl. auch RG. Warn. 1931 Nr. 154, daß die theoretische Möglichkeit einer Schädigung z. B. durch Hinzukommen eines Zufalls nicht genügt.

11) Es ist hier am Platze, noch einmal darauf hinzuweisen, wie durch diese weite Fassung des Vorsatzbegriffes die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit immer mehr verwässert wird; könnte man doch sogar Zweifel daran hegen, ob es überhaupt fahrlässig ist, wenn jemand, der die nicht so entfernte Möglichkeit einer Schädigung erkennt, es versäumt, daraus den Schluß auf die möglichen Folgen seines Verhaltens zu ziehen.

Ueberhaupt sind die strengen Anforderungen des RG. sehr angreifbar. Es ist natürlich, daß ein Richter einen etwas strengeren Maßstab anlegt als ein Kaufmann, der es gewöhnt ist, mit spekulativen Aussichten zu arbeiten; aber die Gerichte dürfen auch nicht verkennen, daß eine nachträgliche Prognose natürlich sehr leicht ist, und daß gerade an die Gerichte nur die Fälle herangetragen werden, bei denen es bereits schief gegangen ist, und die zum mindesten angreifbar sind. Alle korrekten Verträge und diejenigen unzulässigen, die keinen Schaden gestiftet haben, werden kaum dem Richter vor Augen kommen. Es bildet sich hierdurch bei den Gerichten eine ganz falsche, einseitige Tendenz heraus, allen Sicherungsübereignungen zu mißtrauen, ob sie nicht zu weit gingen, und die Folge der Schädigung Dritter als ein ganz

Die Umstände, die einen Kreditsicherungsvertrag zu einem Sittenverstoß gegenüber Dritten machen, sind der zu große Umfang und die Undurchsichtigkeit der zur Sicherung vorgenommenen Sicherungsübereignung und die daraus im weiteren Verlauf folgende Gefährdung Dritter. Da nun das RG. das Erkennen des möglicherweise für Dritte gefährlichen weiteren Verlaufs vermutet, wenn der Umfang und die Nichterkennbarkeit der Sicherungsübereignung bekannt sind [12]), bedarf es in der Praxis nur der Feststellung der Kenntnis jener beiden Umstände, wobei wieder eine Vermutung des RG. zu Hilfe kommt, nämlich die, daß die Geheimhaltung eines Kreditsicherungsvertrages meist der Natur der Sache nach selbstverständlich sei und deswegen auch ohne eine dahingehende ausdrückliche Vereinbarung mit der Geheimhaltung dieses Geschäfts gerechnet werden müsse und gerechnet werde [13]).

Andererseits schließt das RG. aus einer ausdrücklichen Vereinbarung der Geheimhaltung des Kreditsicherungsgeschäfts auf das Bewußtsein der Schädigungsmöglichkeit bzw. des Sittenverstoßes [14]). Wird allerdings festgestellt, daß der Sicherungsnehmer das Bewußtsein der Möglichkeit der Schädigung Dritter nicht hatte, weil er die ungünstige Lage des Schuldners verkannt hatte oder annahm, dieser würde von Dritten keine Kredite in Anspruch nehmen [15]), dann sind damit diese Vermutungen entkräftet [16]).

Ebenso ist das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes verneint worden, wenn der Sicherungsnehmer in Bezug auf den Sittenverstoß gutgläubig war, weil er glaubte, in Verfolg seiner erlaubten Interessen so handeln zu dürfen, wie er handelte [17]).

Es hat sich aber eine feststehende Rechtsprechung dahingehend ausgebildet, daß die Absicht, den Schuldner zu sanieren, weder ein Zweck ist, der es gestattet, andere Gläubiger in sonst unerlaubter Art und Weise zu gefährden, noch den guten Glauben des Sicherungsnehmers in Bezug auf die Unsittlichkeit oder Gefährdung nachweist [18]), wenn

---

regelmäßiges und fast unvermeidbares Ergebnis anzusehen. Ich möchte sogar so weit gehen, den Gerichten vorzuwerfen, daß sie sich eine Sachkenntnis anmaßen, die ihnen gerade wegen ihrer nur einseitig eingestellten Erfahrungen gar nicht zukommt.

12) RG. JW. 1931, 2072; RG. Warn. 1930 Nr. 67.

13) s. o. § 15 S. 49 Anm. 4.

14) RG. 118, 361 = JW. 1928, 52. Auch KG. in LZ. 1919, 493 sowie Koch (1931) S. 147.

15) Wenn er also gutgläubig war, so RG. 118, 363 a. E.

16) RG. 97, 255.

17) RG. 123, 271/79; RG. Recht 1916, 446.

Staudinger § 826 Bem. 3 b, 5. Abs. a. E.; Warneyer § 826 Bem. III zu Anm. 68.

18) RG. 85, 343 = JW. 1915, 30; RG. JW. 1914, 83; 1921, 1363; 1924, 176; 1930, 2930; 1931, 515 u. 2089; RG. HRR. 1930 Nr. 90; 1929 Nr. 284; KG. LZ. 1919 Sp. 493; OLG. Stuttgart JW. 1931, 2173. Staub § 368 Bem. 96 a.

er nicht die Sachlage so geprüft und gestaltet hat, daß seiner Voraussicht nach eine Schädigung Dritter nicht eintreten konnte [19]).

Soweit die Kenntnis davon, daß durch die Sicherungsübereignung das gesamte oder fast das gesamte Vermögen des Schuldners ergriffen werde, zum subjektiven Tatbestand gehört, hat hier die Rechtsprechung sehr weitgehende Anforderungen an die Umsicht des Sicherungsnehmers aufgestellt. Es wird von dem Sicherungsnehmer verlangt, daß er damit rechne, daß ein Kreditsuchender bereits zugunsten anderer Kreditgeber durch weitgehende Sicherungshingaben eingeengt worden ist. Er muß sowohl damit rechnen, daß der Kreditsuchende noch anderweitig verschuldet ist [20]), als auch damit, daß die anderen Kreditnehmer durch Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignungen gedeckt sind [21]). Wenn der Sicherungsnehmer nicht sorgfältig und einwandfrei festgestellt hat, daß die Sicherungsübereignung zu seinen Gunsten in Anbetracht der Verhältnisse des Schuldners nicht zu weitgehend ist, dann wird angenommen, daß er mit der Möglichkeit, daß durch diese Sicherungsübereignung dem Schuldner zuviel entzogen würde, gerechnet und diese bewußt in Kauf genommen habe [22]). Es wird hierdurch also eine Erkundigungspflicht für den Sicherungsnehmer geschaffen; er muß sich nach allen für die Angemessenheit des Umfanges der Sicherungsübereignung maßgebenden [23]) Umständen erkundigen [24]) und auch den zukünftigen Verlauf der Dinge ins Auge fassen. Er muß etwa folgende Ueberlegungen und Nachforschungen anstellen:

A. 1. Wie groß ist überhaupt das Vermögen des Kreditsuchenden [25])?
   2. Hat dieser noch andere Verbindlichkeiten und wie groß sind diese?
      a) Bestehen für die anderen Verbindlichkeiten Sicherheiten und in welcher Höhe?
      b) Bestehen ungesicherte Verbindlichkeiten und wie groß sind diese?
   3. Wieviel und was für Vermögensstücke bleiben dem Schuldner zur freien Verfügung?

B. In welchem Verhältnis stehen und ist dieses Verhältnis angemessen:
   1. die eigene Sicherungsübereignung:

---

19) RG. Warn. 1929 Nr. 165.
Vgl. § 3 S. 10 zu Anm. 6 sowie diese.

20) RG. JW. 1931, 2090.

21) RG. JW. 1932, 2700.

22) also eine Vorsatzvermutung.

23) s. o. § 14 S. 45 ff.

24) Hierbei wäre zu bedenken, ob durch eine ins Einzelne gehende Kenntnis des Sicherungsnehmers von den Verhältnissen des Schuldners dessen wirtschaftliche Freiheit nicht in unzulässiger Weise eingeengt wird; vgl. Bauer-Mengelberg JW. 1932, 2700.

25) Vermögen = Aktiven; also auch das in seinem Besitze befindliche, im Geschäftsbetrieb investierte fremde Kapital.

a) zu dem gesamten Vermögen des Schuldners,
b) zu dem von dieser Sicherungsübereignung nicht ergriffenen Vermögen des Schuldners,
c) zu dem Teil des Vermögens, das der Schuldner noch zu seiner freien Verfügung (bzw. die Gläubiger zu freiem Zugriffe) hat?

2. das gesamte Vermögen des Schuldners zu der Summe der durch Sicherungen belasteten Werte, bleibt ein angemessener Teil frei?
3. die ungesicherten Verbindlichkeiten:
a) zu den freien Werten,
b) zu den durch Sicherungen in Anspruch genommenen Werten?

C. Reichen die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel zur Fortführung seines Geschäftes aus oder wird er weiterer Kredite bedürfen; wird er für diese neuen Kredite ausreichende Deckungsmittel zur Verfügung haben [26])?

Nur wenn der Sicherungsnehmer alle diese Gesichtspunkte sorgfältig geprüft hat und dann zu der Ueberzeugung gelangt ist, daß die erlaubten Grenzen nicht überschritten würden, kann das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes auch dann verneint werden, wenn seine Annahme unrichtig war. Es wird also solange bedingter Vorsatz vermutet, wie der Sicherungsnehmer nicht im einzelnen nachgewiesen hat, daß er sich nach eingehender Prüfung ein anderes Bild von den Verhältnissen gemacht habe. Bei dieser Beurteilung der Verhältnisse darf der Sicherungsnehmer — wenn er den Umständen nach berechtigt ist anzunehmen, daß der Konkurs vermieden werden wird —, die Bewertung der Aktiven derart vornehmen, wie es bei einem normalen Geschäftsverlauf und nicht bei einer Verschleuderung im Konkursverfahren angemessen erscheint [27]).

§ 17. Die Rechtsfolgen der Anwendung des § 138 I BGB.

Liegt der erforderliche objektive und subjektive Tatbestand des Verstoßes gegen die guten Sitten zur Zeit des Abschlusses des Kreditsicherungsvertrages vor, liegt also in dem Abschluß des Vertrages der Verstoß gegen die guten Sitten, dann findet § 138 I BGB. Anwendung, der Kreditsicherungsvertrag ist nichtig. Nichtig ist zunächst der Verpflichtungsvertrag; bei den wegen zu umfassender Sicherungsübereignung nichtigen Kreditsicherungsverträgen wird aber auch das Erfüllungsgeschäft von der Unsittlichkeit ergriffen; darum ist hier ausnahms-

---

[26]) Die Feststellung, daß noch beträchtliche Werte von dieser Sicherungsübereignung frei blieben, ist nicht ausreichend.

RG. JW. 1931, 517; RG. LZ. 1931, 694 sieht es andererseits schon für genügend an, daß der Schuldner versprach, er werde keine weiteren Kredite aufnehmen.

[27]) RG. JW. 1931, 515, 2089; vgl. auch Fachinger S. 62 sowie Hoeniger JW. 1931 a. a. O.

weise auch das Erfüllungsgeschäft, die Sicherungsübereignung, nichtig [1]. Die Nichtigkeit wirkt für und gegen jedermann; jeder, die beiden Vertragsschließenden und jeder Dritte, kann sich auf die Nichtigkeit berufen, auch wenn ihm gegenüber ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorlag. Es kann ihm auch nicht deswegen eine exceptio doli generalis entgegengesetzt werden [2] [3]. Infolge dieser Nichtigkeit stehen die Gegenstände — die sich ja noch im Besitze bzw. der Verfügungsmacht des Schuldners befinden — noch im Eigentum des Schuldners bzw. Rechte stehen ihm noch zu [4] und können von dessen Gläubigern gepfändet werden oder von dem Konkursverwalter zur Befriedigung der Konkursgläubiger mitverwandt werden.

§ 18. § 826 BGB. Der Unterschied gegenüber der Anwendung des § 138 I BGB.

Ist aus der durch zu umfangreiche Sicherungsübereignungen geschaffenen Sachlage wirklich ein Schaden für außenstehende Dritte entstanden, so wird die Anwendung des § 826 BGB. in Betracht zu ziehen sein.

Für die Anwendung des § 826 ist es nicht erforderlich, daß der Sittenverstoß durch ein Rechtsgeschäft verwirklicht wurde. Es genügt jede Rechtshandlung, also jedes Tun oder Unterlassen, welches rechtserhebliche Folgen nach sich zieht, wenn es sich nur den Umständen nach als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten darstellt und daraus ein Schaden entstanden ist. Es ist daher für die Anwendung des § 826 auch ausreichend, wenn die gesamten Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit eines Kreditsicherungsgeschäftes ergibt, erst in einem späteren Zeitpunkt als dem des Vertragsschlusses vorliegen. Auch ist für die Anwendung des § 826 nicht auf den Kreditsicherungsvertrag als solchen, sondern auf seine Auswirkungen abzustellen, die allerdings weitgehend mit dem Vertragsinhalt übereinstimmen werden. Nicht auf die Verpflichtung des Kreditnehmers, Gegenstände zur Sicherung zu übereignen, Kontrollen und Eingriffe zu dulden, kommt es an, sondern auf die Vollziehung der Uebereignung, auf die tatsächlichen Auswirkungen der dem Kreditgeber eingeräumten Rechte. Diese werden allerdings schon darin gefunden werden müssen, daß der Kreditnehmer sein

---

[1] Hoeniger, Sü, S. 31, Scheuing, S. 78/80; Staudinger § 138 Bem. I 7; Martin a. a. O. S. 40; OLG. Stuttgart, Württ.ZR 9, 60/1.

[2] Nach h. L. ist nur die exceptio doli specialis zulässig, wenn er z. B die Nichtigkeit herbeigeführt hat, um sich dann darauf berufen zu können.

[3] Scheuing, S. 83.

[4] Es tritt also nicht nur eine relative Unwirksamkeit dem Beteiligten gegenüber ein, wie z. B. bei Anwendung von § 419 BGB. oder Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz.

Verhalten so einzurichten bemüht sein wird, daß keine Beanstandungen und Eingriffe erfolgen. So schreibt das RG. auch nicht etwa „bei Vorliegen" folgender Vertragsabreden ist ein Kreditsicherungsvertrag sittenwidrig, sondern „als solche Tatbestände, die das V o r g e h e n eines Sicherungsnehmers zu einer Sittenwidrigkeit gegenüber anderen Gläubigern seines Schuldners m a c h e n, und darum für diese nach § 826 BGB. Schadensersatzansprüche gegen jene begründen können" [1]).

Der Schaden, den ein Dritter durch die zu umfassende Sicherungsübereignung erleidet, ist der, daß er eine Forderung gegen einen kreditunwürdigen Schuldner erworben hat statt einer solchen gegen einen zahlungsfähigen oder anstatt, daß er sich auf das Geschäft garnicht oder nur gegen entsprechende Sicherheiten eingelassen hätte. Für die Anwendbarkeit des § 826 BGB genügt die Feststellung, d a ß überhaupt ein Schaden vorliegt; welchen Umfang dieser hat, ist erst für die Ersatzpflicht gem. § 249 von Bedeutung.

Dieser Schaden muß vorsätzlich und in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt sein. Der Begriff des Sittenverstoßes ist in objektiver und subjektiver Beziehung derselbe wie bei der Anwendung des § 138; in Bezug auf die Schadenszufügung, welche aus der gegen die guten Sitten verstoßenden Sachlage folgt, genügt auch bedingter Vorsatz [2]); wenn also durch zu weitgehende, undurchsichtige Sicherungsübereignungen ein Dritter irregeführt wurde und so Schaden erlitten hat und der Sicherungsnehmer die Sachlage und die daraus folgende Schädigungsmöglichkeit erkannt hat, dann ist § 826 anwendbar. Der subjektive Tatbestand braucht hier nur bei dem für die Ersatzpflicht in Anspruch Genommenen vorzuliegen, und das ist praktisch nie der Schuldner, da dieser ja nichts mehr hat. Da schon bei der Feststellung der Unsittlichkeit der bedingte Schädigungsvorsatz mitfestgestellt wird [3]), sind die Erfordernisse des § 826 nur insofern weitgehender als die des § 138, als eben der Eintritt eines Schadens verlangt wird. Alle oben genannten Vermutungen und Erfordernisse in Bezug auf den subjektiven Tatbestand gelten in gleicher Weise auch hier.

Der Anwendung des § 826 neben dem § 138 I stehen keinerlei Bedenken entgegen [4]); allerdings wird praktisch oft der Schaden schon durch die Anwendung des § 138 und die daraus folgende Nichtigkeit

[1]) RG. JW. 1932, 2523.

[2]) s. o. § 4 S. 13 Anm. 3.

[3]) Zwar genügt bei § 826 wie bei § 138 für den subjektiven Tatbestand des Sittenverstoßes Fahrlässigkeit (s. o. § 4 S. 14; RG. JW. 1932, 2702 hebt das t h e o r e t i s c h hervor), aber wir sahen oben § 16 S. 52 Anm. 4), daß regelmäßig der bedingte Vorsatz festgestellt wird.

[4]) Ackermann S. 90; Feilner S. 53; Stammreich S. 30/1.

des Erfüllungsgeschäfts beseitigt sein[5]). Wichtig ist die Anwendung des § 826 dann, wenn ein über die Beseitigung der Sicherungsübereignung hinausgehender Schadensersatz begehrt wird, oder wenn der § 138 keine Anwendung finden kann, weil zur Zeit des Vertragsschlusses der objektive und subjektive Tatbestand des Sittenverstoßes noch nicht vollständig gegeben war.

Man findet hier und da im Schrifttum ausgesprochen[6]), daß die Rechtsprechung zunächst nur die Anwendung des § 138 auf die Fälle der unzulässigen Kreditsicherungsverträge gekannt habe; abgesehen davon, daß in dem Grundsatz des Parteibetriebes, der die Gerichte an die Anträge der Parteien bindet, eine Erklärung für eine solche Einseitigkeit zu finden wäre, sei es betont, daß schon in RG. JW. 1911, 324 und 650[7]) § 826 BGB angewandt wird, während im gleichen Zeitabschnitt in RG. JW. 1911, 576 die Anwendbarkeit des § 138 klargestellt wird.

§ 19. Besondere Fälle der Kredittäuschung, insbesondere die mala fides superveniens.

In vielen Entscheidungen finden wir betont, daß eine Sicherungsübereignung dann gegen die guten Sitten verstoße, wenn sie zur Folge habe, daß nur „ein" Gläubiger auf Kosten aller übrigen Befriedigung erhalte[1]). Der Erfolg, daß durch zu umfassende, undurchsichtige Sicherungsübereignungen eine mißbilligenswerte Schädigungsmöglichkeit für Dritte geschaffen wird, kann auch durch das Zusammentreffen der Kre-

---

[5]) Neukamp, BankA. 15, 136 scheint zu meinen, das müsse immer der Fall sein; Hoeniger, Sü. S. 31 lehnt deshalb die Anwendung des § 826 überhaupt ab, Schönfeld S. 73 ähnlich, nur meint er, daß, wenn die Nichtigkeit praktisch nicht mehr geltend gemacht werden könne, da die übereigneten Sachen bereits verwertet worden seien, § 826 Platz greife.

In RG. 136, 247 JW. 1932, 2522 dagegen hätte nach dem vom OLG. festgestellten Sachverhalt die Frage der Nichtigkeit geprüft werden müssen; durch ihr völliges Uebergehen erweckt das RG. den Anschein, als sei § 138 nur in Bezug auf die Knebelung, nicht aber auf die Gläubigergefährdung anwendbar. Auch Weinhausen in der Anm. hierzu könnte so verstanden werden, als habe auf die Fälle der Gläubigergefährdung nur § 826 Anwendung zu finden. Vgl. auch § 10 S. 35 Anm. 39.

[6]) Simonson a. a. O. S. 42; Stammreich, S. 30; während z. B. Bauer-Mengelsberg JW. 1931, 2088 q und Hoeniger JW. 1924, 176; 1931, 515 nur bedauerten, daß der Unterschied zwischen den §§ 138 und 826 noch nicht geklärt sei.

[7]) dieser Fall hat das Reichsgericht zweimal beschäftigt.

Vgl. auch RG. JW. 1914, 84; 1915, 30 = RG. 85, 343 sowie RG. 77, 210 (Pfand) für diese Fragen.

[1]) RG. 118, 362; RG. JW. 1911, 576; 1916, 477; 1924, 176; RG. Gruch. 55, 885; während es in RG. JW. 1911, 650 als wichtiger hingestellt wird, daß „alle" übrigen ohne Befriedigung bleiben müssen.

ditsicherungsvertäge mehrerer Gläubiger geschaffen werden. Diese Gläubiger können bewußt und gewollt zusammenwirken[2]), es genügt aber schon, wenn der eine Gläubiger von den Sicherungen des anderen und deren Einfluß auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners Kenntnis hat, also weiß, daß durch seine Maßnahmen die von der Rechtsordnung mißbilligte Sachlage endgültig herbeigeführt wird, um einen Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen, bzw. den für § 826 erforderlichen bedingten Schädigungsvorsatz als vorliegend anzusehen[3]).

Es scheint, als sei dieser Fall schon oben S. 55 unter A 2 a berücksichtigt, nur daß hier nun die anderen Verbindlichkeiten und anderen Sicherungsübereignungen nur einen solchen Umfang erreichen, daß jede allein im Verhältnis zum Vermögen des Schuldners nicht unverhältnismäßig groß erscheint. Wir sind zwar noch bereit, dem RG. in der zitierten Entscheidung zu folgen, wollen aber darauf hinweisen, daß die frühere Betonung des „einen" gesicherten Gläubigers doch nicht so ganz bedeutungslos ist. Um einen Verstoß gegen die guten Sitten darzustellen, muß die beanstandete Sicherungsübereignung immerhin einen so bedeutenden Umfang haben, daß sie einer der Hauptgründe ist, aus denen heraus wir die Lage des Schuldners als eine zu beschränkte ansehen. Wenn sie nur wenig umfangreich, aber gerade die ist, die dem Schuldner das Letzte nahm, so erscheint es doch sehr bedenklich, dann auch einen Sittenverstoß annehmen zu wollen[4]).

Auch wenn nur ein Gläubiger in größerem Umfange Sicherungen erhält, ist es möglich, daß dies nicht durch einen, sondern durch mehrere, zeitlich auseinanderfallende, Verträge erfolgt. Der objektive Tatbestand ist dann durch die Gesamtheit dieser Maßnahmen gegeben; der subjektive Tatbestand ist bestimmt bei dem letzten dieser Verträge gegeben; bei den vorhergehenden liegt der zur Anwendung des § 138 BGB. notwendige Tatbestand nur dann vor, wenn diese Entwicklung planmäßig angelegt oder aus einem anderen Grunde schon vorauszusehen war und vorausgesehen wurde[5]). War diese Entwicklung nicht vorauszusehen, dann kann § 138 keine Anwendung finden; die einmal

[2]) RG. Warn. 1916 Nr. 271.

[3]) RG. JW. 1932, 2701.

[4]) Wenn dagegen Bauer-Mengelberg, S. 50, es rügt, daß dritte Gläubiger nur dann geschützt würden, wenn zufällig die Sicherungsnehmer bewußt zusammenwirken, bzw. voneinander wußten, so ist das eben darin begründet, daß ein subjektiver Tatbestand erforderlich ist. Durch die weitgehenden Vermutungen und die Erkundigungspflicht werden ja praktisch Ungerechtigkeiten dieser Art fast immer vermieden werden.

[5]) s. o. § 3 S. 12/13.

RG. 85, 345; RG. JW. 1931, 515, wo allerdings wieder eine Vermutung aufgestellt wird, es wird nämlich aus dem Gesamtablauf auf die Planmäßigkeit geschlossen.

gültig abgeschlossenen Verträge bleiben auch weiterhin gültig [6]); nur den letzten, bei dem der vollständige Tatbestand des Verstoßes gegen die guten Sitten vorlag, trifft die Nichtigkeit aus § 138 BGB., aber die Gesamtheit dieser Maßnahmen, die durch den letzten Vertrag vollendete Schaffung der gefährdenden Sachlage kann den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllen, wenn daraus eine Schädigung entstanden ist [7]).

Auch die Handhabung der Verträge ist auf die Beurteilung gemäß § 138 I BGB. nur insoweit von Einfluß, wie sie zur Zeit des Vertragsschlusses schon mit Sicherheit feststeht; sei es, daß die scharfe oder milde Handhabung sich aus der Verkehrsüblichkeit oder aus anderen Umständen vorhersehen läßt; sonst sind nur die Bestimmungen des Vertrages von Bedeutung; die Art und Weise der Vollziehung des Kreditsicherungsvertrages kann aber für die Beurteilung gemäß § 826 BGB. von Bedeutung sein [8]).

Zur Frage der mala fides superveniens, die bisher die Rechtsprechung noch nicht beschäftigt hat, führt Hoeniger [9]) mit Recht aus, daß die eben behandelten Fälle der Anwendung des § 826 auf die Schaffung des mißbilligten Zustandes durch mehrere Verträge nicht hierher zu zählen seien. Diese Fälle bieten keine Besonderheiten, da wir es ja hier mit einem positiven Tun des Sicherungsnehmers zu tun haben, durch welches die gegen die guten Sitten verstoßende Sachlage herbeigeführt wird. Von mala fides superveniens darf man nur bei folgender Sachlage sprechen. Die Bestellung von Sicherheiten im Wege der Uebereignung ist rechtsgültig erfolgt; der Sicherungsgeber hat zu dieser Zeit noch ausreichende freie Vermögenswerte, sodaß es also schon an dem objektiven Tatbestand einer Gläubigergefährdung mangelt. Wenn sich nun später seine wirtschaftlichen Verhältnisse verschlechtern und sein Vermögen derart zusammenschrumpft, daß nun der objektive Tatbestand der Gläubigergefährdung gegeben ist, und der Sicherungsnehmer erlangt Kenntnis von dieser Sachlage, dann ist er von nun an schlechtgläubig; von nun an wäre also der Tatbestand des § 826 BGB. [10]) dadurch erfüllt, daß der Sicherungsnehmer es unterläßt, die die anderen Gläubiger gefährdende Sachlage zu be-

---

[6]) RG. 85, 347; RG. JW. 1931, 2091/515; Bauer-Mengelberg JW. 1931, S. 516; Scheuing, S. 46.

[7]) RG. 85, 347; RG. JW. 1931, 518; Gottschalk JW. 1932, 1716.

[8]) RG. Recht 1918, 65; RG. Warn. 1931, 155; RG. Gruch. 55, 883; RG. HRR. 1930, 90; KG. LZ. 1919, 790.

Scheuing, S. 44; Soergel § 138 Bem. 1; Staub-Bondi § 74a Bem. 14 a. E.; Staub-Gadow § 346 Anh. 16 b. Vgl. oben § 3 a. E. S. 12/13 und § 4 S. 15 zu Anm. 12.

[9]) JW. 1931, 3060.

[10]) Vgl. o. § 4 S. 13 Anm. 1, daß auch Unterlassungen unter § 826 fallen können.

Nie findet hier § 138 I Anwendung. s. o. zu Anm. 6 sowie RG. Warn. 1931 Nr. 154.

seitigen. Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 826 BGB. ist es zum mindesten erforderlich, daß der Sicherungsnehmer die Möglichkeit hatte, eine Aenderung herbeizuführen. Die rechtliche Möglichkeit hierzu hat er wohl immer, denn er braucht ja nur seine Sicherungen aufzugeben. Da das aber ohne die gleichzeitige Rückzahlung des Kredits für ihn wirtschaftlich untragbar ist, kann der Sicherungsnehmer eine Aenderung nur bei gleichzeitiger Rückforderung seines Kredites [11]) herbeiführen. Eine Unterlassung ist nun nach h.L. nur dann rechtswidrig, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand; man wird die Unterlassung auch nur dann für sittenwidrig ansehen dürfen [12]), wenn nach Anschauung aller billig und gerecht Denkenden ein Handeln geboten gewesen wäre; und hier möchte ich mir die Bedenken von Bauer-Mengelberg [13]) zu eigen machen und den Sicherungsnehmer nicht für verpflichtet ansehen, unter Hintenansetzung seiner Interessen im Interesse Dritter mit dem Schuldner „Schluß zu machen". Zu einer derartigen Fürsorge für andere ist auch unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB. niemand verpflichtet [14]). Da nun praktisch in fast allen Fällen, in denen es mit einem Kreditnehmer bergab geht, die Kündigung des Kredites den sofortigen Zusammenbruch bedeutet und damit eine Beschränkung der Rückzahlung der Verbindlichkeit auf eine Konkursquote herbeiführt, so wird schon deswegen der male fides superveniens keine große Bedeutung beizumessen sein.

Außerdem erscheint es notwendig, darauf hinzuweisen, daß der für den Sicherungsnehmer sehr ungünstige Vorsatzbegriff, den die Rechtsprechung für das Gebiet der Gläubigergefährdung entwickelt hat, und der, wie wir oben gesehen haben, zu einer weitgehenden Erkundigungspflicht für den Sicherungsnehmer führt, für die Frage des Vorliegens der mala fides superveniens nicht angewandt werden darf [15]). Natürlich wird man sich auch hier mit dem bedingten Vorsatz begnügen können, aber man darf nicht Vorsatzvermutungen aufstellen und etwa aus der

---

[11]) Meist wird das nicht möglich sein, da der Kredit auf bestimmte Zeit unkündbar gegeben wurde oder nur ein ferner Kündigungstermin besteht; war aber der Kredit fällig und der Sicherungsnehmer hat ihn verlängert, dann haben wir es nicht mit einer Unterlassung und dolus superveniens, sondern mit einem neuen Geschäftsabschluß zu tun, der wie eine Neugewährung des Kredites zu behandeln ist.

[12]) Eine an sich rechtswidrige Handlungsweise verlangt § 826 BGB. nicht (vgl. § 4 S. 14 zu Anm. 10).

[13]) JW. 1932, 100/01.

[14]) Auch Gottschalk JW. 1932, 1717 scheint zu meinen, daß der Kreditgeber meist nicht genötigt ist „Schluß zu machen", da er sich nicht selber zu schädigen brauche. Er weist sehr richtig darauf hin, daß auch die §§ 610, 775 BGB. die Ablehnung einer derartigen Zumutung aussprechen.

[15]) Vgl. auch oben § 16 S. 55 Anm. 24, daß durch eine solche dauernde Erkundigung eine unzulässige Knebelung des Schuldners herbeigeführt werden könnte.

Tatsache, daß der Sicherungsnehmer sich nach Hingabe des Kredites und Bestellung der Sicherheiten nicht mehr nach den Vermögensverhältnissen des Schuldners erkundigt hat, auf das Vorliegen dieses dolus eventualis (superveniens) schließen[16].

§ 20. Der Umfang der Ersatzpflicht aus § 826 BGB.

Um den Umfang der Ersatzpflicht bestimmen zu können, ist es notwendig festzustellen, welches der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand war, denn es ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB.).

Wenn die Täuschung Dritter (ihr Irrtum über die Kreditwürdigkeit) als solche der zum Schadensersatz verpflichtende, also der gegen die guten Sitten verstoßende, Umstand wäre, dann hätten diese ohne die Täuschung ihr Geld dem Schuldner garnicht oder nur gegen ausreichende Sicherheiten gewährt; ihnen ist also der volle Verlust aus diesem Geschäft zu ersetzen; auch der damit erzielte Gewinn, denn wenn sie das Geld nicht zu diesem Kredit verwandt hätten, dann wäre es anderweitig nutzbringend verwandt worden, hätte also dort Gewinn abgeworfen[1]).

Bei der Kredittäuschung liegt der Sittenverstoß nun nicht in der Täuschung Dritter als solcher, sondern in der Schaffung der ganzen durch die Kreditunwürdigkeit des Schuldners und ihrer Nichterkennbarkeit für Dritte gefährlichen Sachlage[2]). Gem. § 249 BGB. ist der

---

[16]) Gottschalk JW. 1932, 1717 führt ebenso aus, daß der Sicherungsnehmer sich nach einmaliger gründlicher Nachprüfung der Verhältnisse nicht fortdauernd zu erkundigen brauche;

ebenso Bauer-Mengelsberg JW. 1932, 100, der allerdings, wie auch Gottschalk, Hoeniger — den Schöpfer des Begriffs der mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung — mißversteht. Hoeniger (JW. 1931, 3060) geht als selbstverständlich davon aus, daß ein Sicherungsnehmer und Kreditgeber die Vermögensverhältnisse seines Schuldners dauernd beobachtet und damit Kenntnis von deren Verschlechterung erhalten wird; nicht stellt er eine Verpflichtung zur fortlaufenden Erkundigung und Beobachtung auf oder schließt gar aus deren Unterlassung auf den bedingten Vorsatz.

[1]) So auch Bauer-Mengelberg gegen das RG., das dem dritten Gläubiger den Gewinn abziehen will; vgl. beide in JW. 1932, 2702.

[2]) Wir sahen schon oben § 15 S. 48, daß „geheim" und die „zu umfangreiche Sicherungsübereignung" gleichwertig sind.

RG. 1914, 84 ff., 85; scheinbar a. M. Es will die Geheimhaltung als Ursache ansehen, sodaß es auf sich beruhen bleiben könne, wie sich die Verhältnisse ohne das Kreditsicherungsgeschäft gestaltet hätten. Da aber in diesem Falle sorgfältige Maßnahmen zur Geheimhaltung getroffen worden waren, wird es sich dort wohl um den Sonderfall des Kreditbetruges gehandelt haben. Vgl. unten § 22 S. 70 Anm. 5.

Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn dieser Sittenverstoß nicht vorgekommen wäre, wenn also die Kreditsicherungsmaßnahmen nicht getroffen worden wären.

Man darf nicht etwa abstrakt denken, es sei der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn e i n Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorgekommen wäre. Das würde heißen, von der tatsächlichen Handlung sei nur soviel abzuziehen, daß sie nicht mehr gegen die guten Sitten verstoße, also z. B. daß dem Schuldner durch die Sicherungsübereignung nicht alles entzogen wurde, sondern etwa die Hälfte seines Vermögens verblieb und also nur ein entsprechender Ersatz zu leisten wäre, sondern es kommt auf die konkreten Handlungen und Umstände des einzelnen Falles, auf d i e s e n Verstoß gegen die guten Sitten an.

Die Schaffung der mißbilligten Sachlage ist ein Verstoß gegen die guten Sitten, ist als e i n Umstand im Sinne des § 249 BGB. anzusehen, und er ist ja auch rechtlich eine Einheit.

Man kann aber auch folgendermaßen konstruieren und kommt zu demselben Ergebnis: Der Schaden ist auf das Zusammenwirken verschiedener einzelner Umstände zurückzuführen. Da man nach den Abreden der Vertragsparteien bei jedem Einzelakt mit dem Hinzutritt der übrigen Umstände rechnen mußte, lag aber bei jedem schon der ganze Sachverhalt in objektiver und subjektiver Beziehung vor (s. o. § 3 S. 12/13), und man darf nicht nur den letzten Umstand, sei es zeitlich, sei es materiell der letzte, allein in Betracht ziehen, wonach allerdings nur der letzte Uebereignungsakt oder gar das Nichtbekanntgeben als der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand in Frage käme.

Der Schadensersatzanspruch eines dritten Gläubigers geht demnach dahin, so befriedigt zu werden, wie er ohne die Vornahme der zu umfangreichen Kreditsicherung befriedigt worden wäre. Der Geschädigte, der sich natürlich auch infolge des dem Schuldner von dem Sicherungsnehmer gewährten Kredites geirrt hat, kann nicht von dem Sicherungsnehmer die Herstellung des Zustandes fordern, der bestehen würde, wenn auch diese Kredithingabe unterblieben wäre, denn insoweit war das Handeln des Sicherungsnehmers nicht sittenwidrig. Die Kreditgewährung als solche hat mit dem gegen die guten Sitten verstoßenden Kreditsicherungsvertrag rechtlich keinen Zusammenhang und hat keine sittenwidrige Schädigung des Ersatzberechtigten herbeigeführt [5]). Der Tatbestand der unerlaubten Handlung, die den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bildet, umfaßt die vorsätzliche Schädigung späterer Kreditgeber infolge der übermäßigen und undurchsichtigen Sicherungen und n u r d i e s e. Die Ersatzpflicht erstreckt sich bloß auf die Auswirkungen d i e s e r Handlung, nicht aber auf Schäden, die durch

[5]) s. o. § 12, S. 39/40.

eine mit der Kredittäuschung verbundene aber erlaubte Handlung entstanden sind [4]). Wenn und da die Kreditgewährung mit dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand nichts zu tun hat, so ist bei der Bemessung des Umfanges der Ersatzpflicht auch zu berücksichtigen, daß ohne die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung — aber eben ohne nur diese — der Sicherungsnehmer für seine Forderung (im Konkursfalle) neben dem geschädigten Dritten zu befriedigen gewesen wäre. Da der tatsächliche Zusammenhang zwischen dem gesicherten Kredit und der beanstandeten Sicherung — daß nämlich die eine Handlung ohne die andere von den Vertragsparteien nicht vorgenommen worden wäre — nicht zu berücksichtigen ist, kann der Sicherungsnehmer nicht verlangen, daß in Anrechnung gebracht wird, wie weit die Dritten aus den von ihm gewährten Mitteln Befriedigung gefunden haben; diese können andererseits auch nicht verlangen, daß er auf seine Forderung verzichte. Er wäre also im Konkursfalle mit dieser Forderung neben den gewöhnlichen Konkursgläubigern, also auch den geschädigten Dritten, wie diese quotenmäßig zu befriedigen [5]).

Das RG. (a. a. O.) führt noch einen nicht unbeachtlichen Gesichtspunkt für die Bemessung des Umfanges der Ersatzpflicht an. Der Geschädigte müsse sich begnügen, so gestellt zu werden, wie wenn der Schuldner nur die Sicherung nicht weggegeben hätte. Er könne nicht verlangen, besser gestellt zu werden, als es den Vorstellungen entspräche, die er selbst bei seiner Kreditgewährung an den Schuldner von dessen Verhältnissen gehabt habe oder sich bei rechter Ueberlegung hätte bilden müssen (und dürfen) [6]); insoweit handele es sich nur um die Folgen eines von ihm bewußt übernommenen oder doch für ihn erkennbaren Wagnisses. In diesem Falle könne der Geschädigte nicht von dem Sicherungsnehmer die Herstellung des Zustandes fordern, der bestehen würde, wenn er nicht bloß die Sicherungen nicht genommen, sondern auch dem Schuldner den dafür eingeräumten Kredit versagt hätte.

Hier, wo also das negative Interesse größer wäre als das positive, will man den Umfang des Ersatzes jedenfalls nicht über den Betrag des positiven Interesses hinaus ausdehnen. Man müßte also den § 249 BGB. folgendermaßen lesen: „. . hat n u r den Zustand herzustellen . .“, womit der § 249 nicht mehr den Umfang der Ersatzpflicht als solchen, sondern nur (ähnlich wie § 277 für den Umfang des zu vertretenden Verschuldens) eine Grenze hierfür angäbe.

---

[4]) RG. JW. 1932, 2701.

[5]) RG. a. a. O. will überhaupt keinen Abzug erlauben, Bauer-Mengelberg in der Anm. dazu will den Abzug der g a n z e n Forderung gestatten.

[6]) Ueber die Höhe der Schulden des Sicherungsgebers bezw. dessen Nichtverschuldetsein durfte er sich keine Vorstellung machen, die schutzwürdig erscheint (vgl. oben § 12 S. 39/40).

§ 21. Die Gläubigerabsperrung.

Im Falle der Gläubigerabsperrung, also der Gefährdung und Schädigung von Altgläubigern, findet eine Täuschung nicht statt, sondern das gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten ist hier darin zu finden, daß durch die zu weitgehende Sicherungsübereignung dritten Gläubigern, die sich dagegen nicht wehren können, und die auch damit nicht rechnen konnten und mußten, jede Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen ihres Schuldners abgeschnitten wird. Zugunsten des neuen Kreditgebers und Sicherungsnehmers werden sie, ohne es ändern zu können, der Gefahr einer Schädigung ausgesetzt, während dieser selber den Vertrag ausgestalten kann, wie er will und sich vor einem zu großen eigenen Risiko schützen kann.

Von den bereits oben [1]) genannten Bestimmungen sind es besonders die §§ 419, 1967 BGB., 25 HGB. und 288/89 StGB., die zeigen, daß der Gesetzgeber den Schutz der Altgläubiger billigt und die Beziehung zwischen dem gewährten Kredite und dem Vermögen und der wirtschaftlichen Persönlichkeit (= Selbständigkeit, § 25 HGB.) anerkennt.

Unter die Altgläubiger in diesem Sinne sind nur solche Gläubiger des Kreditnehmers zu rechnen, die auch bei Kenntnis von dem zu beanstandenden Kreditsicherungsgeschäft ihre Lage nicht hätten ändern, ihren Kredit hätten nicht zurückfordern können. Wer also schon vorher eine Forderung an den Schuldner hatte und durch die Undurchsichtigkeit der Sachlage davon abgehalten wurde, diese zu kündigen oder sonstwie zurückzufordern, dem gegenüber fand eine Kredittäuschung und nicht eine Gläubigerabsperrung statt. Er ist also Neugläubiger [2]).

Die Gläubigerabsperrung ist gegenüber der Kredittäuschung nur von geringer praktischer Bedeutung; das zeigt auch die schon erwähnte Tatsache,[3]) daß es regelmäßig übersehen wird, daß der Tatbestand der Gläubigerabsperrung von dem der Kredittäuschung verschieden ist, indem es hier nämlich auf die Nichterkennbarkeit und daraus folgende Täuschungsmöglichkeit gar nicht ankommt, da die Schädigungsmöglichkeit für dritte Gläubiger schon dadurch gegeben ist, daß sie bereits zur Zeit des Abschlusses des Kreditsicherungsvertrages Gläubiger sind. Hier kommt hinzu, daß die Nichtigkeit infolge des Vorliegens einer Kredittäuschung auch den Altgläubigern zugute kommt [4]), und daß die recht

---

[1]) s. o. § 12, S. 38

[2]) Aehnlich RG. JW. 1932, 2524 = RG. 136, 254; vgl. auch RG. 85, 345; KG. LZ. 1919, 493, sowie § 25 S. 88 zu Anm. 49—50.

[3]) s. oben § 9 S. 29 zu Anm. 3 sowie diese.

[4]) ebenso wie beiden die Nichtigkeit wegen Knebelung zugute kommt, s. oben § 5, S. 17 Anm. 7.

eigentlichen Rechtsbehelfe für die Altgläubiger in dem § 419 BGB. und den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes gegeben sind [5]).

Der objektive und subjektive Tatbestand der Gläubigerabsperrung stimmt sowohl für die Anwendung des § 138 I wie auch des § 826 BGB. mit dem für die Kredittäuschung überein [6]), nur daß die Nichterkennbarkeit belanglos ist; an ihre Stelle tritt die unschwer festzustellende Tatsache, daß Altgläubiger vorhanden sind und (subjektiv), daß dies dem Kreditgeber und Sicherungsnehmer bekannt war. Sinngemäß kommt es hier für die Beurteilung der Verhältnisse auch nicht darauf an, daß er neue Kredite in Anspruch nehmen muß und wird, sondern daß er seine alten Schulden abdecken kann und wird; darum gewinnt hier auch für die dritten Gläubiger die Frage eine Bedeutung, ob eine angemessene Gegenleistung erfolgt ist, ob es sich um eine kongruente oder inkongruente Deckung handelt [7]). Wenn der Schuldner für die zur Sicherung wegegebenen Werte angemessene neue Mittel erhält, dann verschlechtern sich seine Vermögensverhältnisse ja nicht, sondern es tritt nur eine andere Verteilung ein, die allerdings wieder den dritten Gläubigern den Zugriff erschweren kann [8]). — Bei der Kredittäuschung kommt es nicht hierauf an, sondern darauf, daß die Vermögensverhältnisse besser scheinen als sie sind. — Was die Veränderung der Verhältnisse des Schuldners anbetrifft, ist hier mehr als bei der Untersuchung unter dem Gesichtspunkt der Kredittäuschung zu beachten, ob durch den Kreditsicherungsvertrag die wirtschaftliche Freiheit und Selbständigkeit des Schuldners zerstört wird und damit eine den dritten Gläubigern gegenüber unzulässige Maßnahme, die sie nicht in Erwägung zu ziehen brauchten, da sie nicht verkehrsmäßig ist, getroffen wurde [9]).

Der Umfang der Ersatzpflicht gemäß § 249 bei Anwendung des § 826 ist hier genau so wie bei der Kredittäuschung zu bestimmen. Nur die Sicherungen dürfen Berücksichtigung finden als zum Ersatz verpflichtender Umstand; die neue Kreditgewährung ist als solche für die Ersatzpflicht ohne Bedeutung. Die Altgläubiger sind also so

[5]) Vgl. § 26, besonders S. 93 darüber, daß aber neben diesen Bestimmungen die Anwendung der §§ 138, 826 möglich und nötig ist, da der Tatbestand der Gläubigerabsperrung über den Tatbestand jedes einzelnen dieser Paragraphen hinausgeht.

[6]) Auch hier ist das Vorliegen des subj. Tatbestandes bei beiden Parteien des gegen die guten Sitten verstoßenden Kreditsicherungsvertrages notwendig, vgl. § 16 S. 52 zu Anm. 1.

[7]) Vgl. vielleicht HRR. 1930 Nr. 90; K. u. T. 1930, 7, wobei zu beachten, daß, wie erwähnt, die Gläubigerabsperrung nicht als Sondertatbestand, sondern gemeinsam mit der Kredittäuschung behandelt wird (vgl. oben § 9 S. 29.

[8]) Vgl. hierzu Schoenfeld S. 80.

[9]) Aus dem Gesichtspunkt Freiheit und Selbständigkeit heraus kann es auch für die Altgläubiger von Bedeutung werden, wie für die Beschaffung und Deckung notwendiger neuer Kredite Vorsorge getroffen wurde.

zu befriedigen, als wären die zur Sicherung weggegebenen Werte noch im Vermögen des Schuldners, wobei die Forderungen des gesicherten Kreditgebers bei Berechnung der sich dann ergebenden Konkursquote als gewöhnliche Konkursforderungen mit zu berücksichtigen sind.

§ 22. Die verschiedenen Fälle der Gläubigergefährdung.

Die beiden Unterfälle der Gläubigergefährdung, die Kredittäuschung und die Gläubigerabsperrung, brauchen nicht immer und notwendig gemeinsam vorzuliegen, wenn der Schuldner, der die zu weitgehenden Sicherungen einräumte, auch Alt- und Neugläubiger hatte; es kann sowohl am objektiven wie am subjektiven Tatbestand der Kredittäuschung mangeln und doch eine Gläubigerabsperrung vorliegen und umgekehrt, so daß diese Unterteilung also auch praktisch beachtenswert ist und es nicht zulässig ist, mit der Feststellung des Unterfalls der Kredittäuschung schon die gesamte Gläubigergefährdung als vorliegend anzusehen, als sei die Gläubigerabsperrung von der Feststellung des Tatbestandes Kredittäuschung mitumfaßt.

Mit dem Abschluß eines Kreditsicherungsvertrages, der zu einer Gläubigergefährdung geführt hat, kann der Kreditgeber und Sicherungsnehmer nun verschiedene Ziele und Zwecke verfolgen; nach ihren Auswirkungen den außenstehenden Dritten gegenüber wollen wir im Anschluß an die Entscheidungen des RG. im Bd. 136 [1]) folgende Unterscheidungen machen:

1. Konkursverschleppung: Um sich selbst aus den erlangten Sicherheiten oder dem sonstigen Vermögen des Schuldners ungehindert befriedigen zu können, hält der Sicherungsnehmer den Schuldner zum Nachteil anderer Gläubiger von der durch die Verhältnisse gebotenen alsbaldigen Konkurserklärung ab, z. B. durch gleichzeitige Gewährung eines für dessen Gesundung offenbar unzulänglichen und nur zur Verlängerung seines wirtschaftlichen Todeskampfes geeigneten neuen Kredites.

2. Aussaugung: Der Schuldner wird von dem Sicherungsnehmer aus den gleichen eigensüchtigen Beweggründen in seinen Mitteln und seiner Bewegungsfreiheit so eingeengt und allmählich derart ausgesaugt, daß sein Geschäft zugrunde gehen muß und er zum Schaden der anderen Gläubiger dem Konkurse zugetrieben wird.

3. Stille Geschäftsinhaberschaft: Der Sicherungsnehmer erniedrigt den Schuldner zu seinem bloßen Strohmanne, der nur noch nach außen hin als Inhaber des Geschäfts erscheint, ihm gegenüber aber in Wirklichkeit nur noch die Stellung eines abhängigen Verwalters hat, und zwar so, daß der ganze Gewinn des Geschäfts dem Sicherungsnehmer

[1]) Vgl. oben § 10 S. 34 Anm. 36.

zufließt, ein etwaiger Verlust von ihm aber nicht getragen und jede Haftung für die Geschäftsschulden auch bei fehlender sonstiger Deckung von ihm abgelehnt wird.

4. Kreditbetrug: Der Sicherungsnehmer bestimmt — allein oder in Zusammenwirken mit dem Schuldner als dessen Anstifter, Mittäter oder Gehilfe — Dritte zur Kreditgewährung an diesen, indem sie arglistig darüber getäuscht werden, daß der Schuldner durch die hergegebenen Sicherheiten kreditunwürdig geworden ist.

Als fünften Tatbestand nennt das RG. die Gläubigergefährdung, womit unser Begriff der Kredittäuschung gemeint ist; die Gläubigerabsperrung wird als Sondertatbestand nicht genannt. Diese Formulierungen des Reichsgerichts sind auf die Anwendung des § 826 zugeschnitten; um nicht unnötige Abweichungen aufzustellen und so neue Verwirrung zu stiften, sind sie unverändert beibehalten worden, obwohl wir für alle diese Fälle auch die Anwendbarkeit des § 138 bejahen [2]). Aus demselben Grunde ist es vermieden worden, diese Stichworte bereits oben bei Behandlung des Innenverhältnisses, der Knebelung anzuwenden, obwohl es ja dort sich um dieselben Beweggründe des Kreditgebers und Sicherungsnehmers handelt, die hier nur in einer anderen Auswirkung, nämlich der gegenüber Dritten, betrachtet werden, weshalb auch andere Nebenwirkungen von Bedeutung sein werden.

Eine Ausnahmestellung nimmt der Kreditbetrug ein; der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand liegt hier in der Irrtumserregung; dieser Tatbestand hat eigentlich gar nichts mit einer Gläubigergefährdung zu tun. Da die unerlaubte Handlung hier nicht in der Schaffung der gefährdenden Sachlage, sondern in der Handlung „Täuschung“ liegt, ist der Umfang der Ersatzpflicht auch dementsprechend zu bestimmen; es ist der Zustand herzustellen, der ohne die Täuschungshandlung bestehen würde; dann hätte ein Neugläubiger — nur solche können getäuscht werden — überhaupt keinen Kredit gegeben; es ist diesen also der volle Verlust aus diesem Geschäft zu ersetzen. Der Kreditbetrug kann nur unter besonderen Umständen als vorliegend angesehen werden; zur Täuschung genügt nicht die Schaffung der undurchsichtigen, gefährdenden Sachlage, die Mitwirkung, trotzdem der Kreditgeber erkennt, daß der Schuldner seine wahren Vermögensverhältnisse verheimlichen wird, sondern es muß eine besondere Pflicht [3]) zur Aufklärung des

---

[2]) Die Stellungnahme des RG. zu dieser Frage ist nicht klar erkennbar; es hat den Anschein, als wolle es § 138 nur für die Fälle der Knebelung verwenden; vgl. auch § 18 S. 59 Anm. 5 hierzu. Vgl. Oertmann § 138 Bem. B I c γ $\gamma\gamma$ (S. 496) wegen der Anwendung des § 138.

[3]) s. o. § 15 S. 49 zu Anm. 8.

Getäuschten nicht erfüllt worden sein[4]). Der Fall dieser weitgehenden Ersatzpflicht wird daher nur selten gegeben sein[5]) [6]).

Wegen des Kreditbetruges allein kann nie Nichtigkeit gemäß § 138 I BGB. eintreten, da der Vertragsabschluß nur eine Vorbereitungshandlung für diese unerlaubte Handlung darstellt; nur der Zweck des Geschäfts verstößt dann gegen die guten Sitten; er ist aber nicht zum Inhalt des Geschäftes geworden.

Bei der stillen Geschäftsinhaberschaft liegen beide Unterfälle der Gläubigergefährdung vor; Alt- und Neugläubiger werden also von ihr betroffen[7]). Es ist zu beachten, daß durch den Kreditsicherungsvertrag dem Kreditgeber die Geschäftsgewinne zufließen, sodaß wir es hier in erhöhtem Maße mit einer Spekulation auf fremde Kosten und Gefahr zu tun haben[8]) [9]). Wenn im Einzelfalle diese Geschäftsgewinne dem Kreditgeber nicht nur zu treuhänderischen sondern sogar zu freiem Eigentum[10]) übertragen worden sind, so sind sie trotzdem herauszugeben, soweit das Maß einer angemessenen Verzinsung des gewährten Kredites überschritten worden ist.

Bei der Aussaugung sind die Maßnahmen des Kreditgebers und Sicherungsnehmers nicht nur wie bei der stillen Geschäftsführung auf die Erlangung der Geschäftsüberschüsse des Schuldners sondern sogar auf die Entziehung der Substanz des Geschäftsvermögens gerichtet. Gerade wenn es dem Kreditgeber nur auf die Vernichtung der Substanz des Geschäftes ankam, wird zu beachten sein, welche Aktiven noch zur Befriedigung der Alt- und Neugläubiger vorhanden wären, wenn die Geschäftsgebarung nicht durch diese Absicht beeinflußt worden wäre[11]) [12]).

---

4) RG. JW. 1932, 2703, 2525.

5) Es können gegebenenfalls auch § 823 II, § 830 BGB. i. V. m. § 263 StGB. Anwendung finden.

RG. JW. 1914, 84 ist vielleicht ein Fall des Kreditbetruges; gerade aus dieser Entscheidung ist zu ersehen, daß es wichtig war, den Sonderfall des Kreditbetruges mit in diese Reihe aufzunehmen, damit er nun auch als anders geartet erkannt wird und keine Widersprüche in der Spruchpraxis entstehen.

6) Bauer-Mengelberg JW. 1932, 2702.

Feilner, S. 53 unterscheidet zwischen Kredittäuschung, die bei besonderen Verheimlichungsmaßnahmen vorläge, und Gläubigerschädigung; er meint damit wohl die von uns mit Kreditbetrug bzw. Kredittäuschung bezeichneten Fälle.

7) so auch RG. JW. 1932, 2524.

8) entsprechend oben § 6 S. 24, Fall 2, während die Gläubigergefährdung allein den Fall 1 (S. 24) gleichzustellen wäre.

9) RG. JW. 1911, 651; 1914, 83 scheinen Fälle der stillen Geschäftsinhaberschaft zu sein.

10) als Vergütung für den Kredit, z. B.

11) Entsprechend oben § 6 S. 25 Fall 4.

Der Zweck der Aussaugung kann im Einzelfalle auch ohne eine Kredittäuschung oder ohne eine Gläubigerabsperrung verfolgt werden; wir hätten es dann nur mit einer Knebelung zu tun.

Bei der Konkursverschleppung ist das Ziel nicht Gewinn (auch nicht Vernichtung des Schuldners), sondern nur die Rettung notleidender Außenstände. Gerade hier muß noch einmal betont werden, daß die Kreditgewährung als solche keine unerlaubte Handlung darstellt, also auch nicht für den Umfang der Ersatzpflicht von Bedeutung sein kann. Nicht die Hinauszögerung des Konkurses als solche ist unerlaubt[13]), sondern die Art und Weise ihrer Vornahme, die zu diesem Zwecke vorgenommene Gläubigergefährdung[14])[15]). Die dritten Gläubiger können also nicht verlangen, so gestellt zu werden, als wäre der Schuldner seinerzeit schon in Konkurs gegangen (das hieße für die Neugläubiger überhaupt eine volle Befriedigung wie beim Kreditbetrug und für die Altgläubiger Ersatz in Höhe der Quote, die sie damals, also ohne die Konkurrenz der Forderung des Sicherungsnehmers, erhalten hätten).

Wir können uns der Auffassung des RG.[16]), daß wir es hier mit ganz verschiedenen Tatbeständen zu tun haben, die zwar durch ein und denselben Sachverhalt verwirklicht werden können, die aber ihrer abweichenden Rechtsfolgen halber streng geschieden werden müßten, nicht anschließen. Wir glauben neben dem Kreditbetrug mit den beiden Untertatbeständen der Gläubigergefährdung, Kredittäuschung und Gläubigerabsperrung, auskommen zu können, und sehen in den aufgestellten Unterscheidungen nur eine Mitberücksichtigung der verschiedenen Zwecke, die mit einer Gläubigergefährdung seitens des Kreditgebers den außenstehenden Dritten gegenüber verfolgt werden können.

Der Kreditbetrug gehört ja eigentlich garnicht hierher; erst wird der Tatbestand einer Kredittäuschung geschaffen, und auf Grund dieses Sachverhalts wird dann durch eine ganz neue Handlung, die Irrtumserregung, die unerlaubte Handlung begangen. Man kann von einer

---

Weinhausen, JW. 1932, 2704, weist darauf hin, daß dies gerade der Fall ist, der früher als „Knebelung", die im Interesse Dritter als sittenwidrig angesehen wurde, bezeichnet worden ist. Weinhausen a. a. O. und Schulin a. a. O. meinen, daß zwischen der Aussaugung und der stillen Geschäftsinhaberschaft kaum ein Unterschied gemacht werden könne.

12) RG. BankA. 15, 99; RG. JW. 1930, 3542; 1931, 2088 p. scheinen Aussaugung zu meinen.

13) Die Konkursgründe sind aus den §§ 102, 270 KO. ersichtlich, die auch zeigen, daß Ueberschuldung nicht immer Konkursgrund zu sein braucht; § 240 Ziff. 2 KO. zeigt, wann die Kreditaufnahme als solche unerlaubt ist.

14) Vgl. oben § 8 S. 25 Fall 3.

15) RG. JW. 1924, 176; 1931, 2088 p sind scheinbar hierher gehörig. Weinhausen JW. 1932, 2704 fragt, was denn eigentlich Abhaltung von der Konkurserklärung sei; ob dafür Absicht der Verschleppung nötig sei oder Kenntnis von dieser Folge einer Kreditgewährung genüge. Da wir den Fall der Konkursverschleppung als einen Sonderfall der Gläubigergefährdung ansehen, weil wir die Absichten des Kreditgebers berücksichtigen, ist für uns die Antwort klar.

16) RG. JW. 1932, 2524.

Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Herstellung der gefährdenden Sachlage und dem Eintritt des Schadens durch diese Täuschungshandlung sprechen. Bei der stillen Geschäftsinhaberschaft, der Aussaugung und der Konkursverschleppung ist nur das subjektive Moment „auf Kosten Dritter einen bestimmten Zweck zu verfolgen" von größerem Gewicht als bei der gewöhnlichen Gläubigergefährdung.

Das Reichsgericht führt nun aus, daß bei den Fällen des Kreditbetruges und der Kredittäuschung (dort Gläubigergefährdung genannt) die Unkenntnis des geschädigten Dritten von der wahren Sachlage zum Klagegrunde gehöre, bei den übrigen Fällen dagegen nur wegen des mitwirkenden Verschuldens in Betracht käme. Bei unserer Auffassung der verschiedenen Fälle als Sonderfälle der Gläubigergefährdung können wir diese Unterscheidung nicht anerkennen. Wie oben ausgeführt, liegt in allen Fällen, soweit die Schädigung von Neugläubigern in Betracht kommt, Kredittäuschung vor, für die der ursächliche Zusammenhang mit den beanstandeten Sicherungsmaßnahmen nur unterbrochen wäre, wenn der Dritte den g a n z e n Sachverhalt kannte; dann würde der Schaden auf der bewußten Uebernahme des Risikos durch den Dritten beruhen [17]). Bei der Konkursverschleppung, Aussaugung und vielleicht auch der stillen Geschäftsinhaberschaft kann es nun nicht als genügend angesehen werden, daß der Dritte wußte, daß und auch welche Sicherungsmaßnahmen getroffen wurden, sondern es ist von Bedeutung, daß er in diesen Fällen auch die dahinterstehende Absicht erkennt. Sonst wäre ja hier das von ihm zu tragende Risiko ein viel größeres als ihm erkennbar wurde, da ja nicht nur unter Außerachtlassung der Interessen Dritter sondern gewollt auf deren Kosten gewirtschaftet werden soll. Das erkennt der Dritte bei Kenntnis nur der objektiven Umstände — der Sicherungsübereignung allein — noch nicht; er kennt also den ihn gefährdenden Sachverhalt nicht vollständig. Soweit die teilweise Kenntnis zeigt, daß bewußt eine Risikoübernahme erfolgt ist, stellt sie allerdings — wie auch das RG. es auffaßt, ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB. dar, aber nur soweit wie der Dritte die gefährdende Sachlage erkannt hat oder erkennen mußte.

[17]) RG. Warn. 1931 Nr. 17 verneint, daß die Kenntnis jemals den ursächlichen Zusammenhang zerstören könne; die Kenntnis käme immer nur für § 254 in Betracht, wenn der dritte Gläubiger so die Gefahr bewußt auf sich nahm.

Teil III.

§ 23. Andere Schutzbestimmungen.

Unsere Rechtsordnung stellt einem Gläubiger, der die Sicherungsübereignung, durch die ihm sein Schuldner die Zugriffsmittel entzogen hat, angreifen will, noch andere Mittel zur Verfügung, wie die §§ 138 I, 826 BGB. Selbstverständlich kann eine Sicherungsübereignung wie jedes Rechtsgeschäft aus allgemeinen Gründen nichtig sein und können daraus für einen dritten Gläubiger Vorteile erwachsen [1]). Uns interessieren aber hier nur diejenigen Bestimmungen, auf Grund deren das Kreditsicherungsgeschäft als solches angegriffen werden kann.

Eine Sicherungsübereignung, die so weit geht, daß durch sie praktisch das gesamte Vermögen des Schuldners auf den Sicherungsnehmer übergeht, erfüllt den Tatbestand des § 419 BGB. Gerade daran, daß eine weitgehende Sicherungsübereignung geheimgehalten wird, wird man häufig erkennen können, daß dieses Geschäft in der Absicht vorgenommen wurde, andere Gläubiger zu benachteiligen, und es ist dann zu untersuchen, ob das Anfechtungsgesetz bzw. die entsprechenden Bestimmungen der Konkursordnung Anwendung finden.

Die §§ 310, 311 BGB. können aus den schon oben [2]) dargelegten Gründen fast niemals auf ein Kreditsicherungsgeschäft Anwendung finden.

Die von Hoeniger [3]) behandelte Frage, daß der Irrtum eines dritten Kreditgebers darüber, daß der Kreditnehmer seine Aktiven zur Sicherung übereignet hat, Grundlage für eine Anfechtung gemäß §§ 119 oder 123 BGB. sein kann, soll hier darum nicht erörtert werden, weil sie einen spezielleren Tatbestand zur Voraussetzung hat als das Vorhandensein von ungesicherten Gläubigern und einem Schuldner, der durch Sicherungsübereignungen seiner Vermögenswerte entblößt ist. Hoeniger meint, ein Lieferant (der nicht unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat) könne seine Uebereignung der Waren an den Schuldner anfechten, wenn er infolge der ihm unbekannten Sicherungsübereignung über die Kreditwürdigkeit seines Kunden irrte; dann hätte der Sicherungsnehmer den Uebereignungsvertrag mit einem Nichteigentümer geschlossen, denn der Kunde ist ja infolge der Anfechtung gemäß § 142 BGB. rückwirkend zum Nichteigentümer geworden; ein gutgläubiger Eigentumserwerb fand mangels eines Besitzerwerbes durch den Sicherungsnehmer nicht statt [4]). Es wird also hier für einige Gläubiger,

---

1) Vgl. oben § 5 S. 17 Anm. 8.

2) s. o. § 7 S. 20/21 zu Anm. 2, 3.

3) Diskontierung, S. 71 ff.; ders. JW. 1912, 26; vgl. auch Schönfeld S. 77, 80.

4) § 933 BGB.

nämlich die Lieferanten, die auf Kredit geliefert haben, ein Weg, gezeigt, um sich gewissermaßen noch nachträglich einen Eigentumsvorbehalt zu beschaffen [5]).

Das Verhältnis der §§ 826 und 138 BGB. zu der Möglichkeit der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung und der Bestimmung des § 419 BGB. soll erst weiter unten nach der Behandlung dieser Vorschriften geprüft werden [6]).

§ 24. Das Anfechtungsgesetz.

Auf Grund des Anfechtungsgesetzes [1]) können Rechtshandlungen eines Schuldners als einem Gläubiger gegenüber unwirksam zum Zwecke der Befriedigung dieses Gläubigers angefochten werden, wenn der Schuldner sie in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat [2]). Die anderen Fälle der Anfechtbarkeit stehen als nicht typisch für ein wegen zu umfassender Sicherungsübereignungen angreifbares Kreditsicherungsgeschäft hier nicht zur Untersuchung; nur noch der Fall der unentgeltlichen Verfügung des Schuldners [3]) soll außerdem untersucht werden; wir werden aber finden, daß er auf die für uns in Frage stehenden Tatbestände nicht zutrifft.

Voraussetzung für die Anfechtung außerhalb des Konkurses auf Grund des Anfechtungsgesetzes ist, daß der anfechtende Gläubiger im Besitze eines vollstreckbaren Schuldtitels ist, dessen Vollstreckung bzw. weitere Vollstreckung zu keinem Erfolg führen würde [4]). Die Geltendmachung der Anfechtung kann nur im Prozeßverfahren, also durch Klage oder Einrede, erfolgen [5]) [6]).

Die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung [7]) sollen hier nicht untersucht werden; §§ 29, 31 Ziff. 1 und 32 Ziff. 1 KO. stimmen wörtlich überein mit den von uns zu behandelnden §§ 1 und 3 Ziff. 1 und 3 Anf.Ges. Die Unterschiede der Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses, die neben der besonderen Konkursanfechtung des § 30 KO. hauptsächlich das Verfahren betreffen, interessieren

---

[5]) Wir können hierin Anklänge an die heute propagierte Idee des uneigentlichen Eigentumsvorbehalts erkennen, vgl. hierzu oben § 13 S. 44.

[6]) s. unten § 26 S. 91.

[1]) Gesetz betr. die Anfechtung von Handlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 (RGBl. 1898 S. 709).

[2]) §§ 1 und 3 Ziff. 1 l.c.

[3]) § 3 Ziff. 4 l.c.

[4]) §§ 2 und 10 l.c.

[5]) §§ 4 und 5 l.c.

[6]) RG. 52, 334; 57, 30; 58, 44.

Jaeger, AnfGes. § 1 Bem. 64 ff., bes. 66; ders. KO. § 29 Bem. 59, Warneyer, AnfGes. § 1 Bem. VII.

[7]) §§ 29 ff. KO.

für unsere Problemstellung nicht und brauchen auch deshalb nicht berührt zu werden.

Anfechtbar sind Rechtshandlungen des Schuldners. Eine Rechtshandlung ist jede Willensbetätigung, an die die Rechtsordnung rechtliche Folgen knüpft [8]), insbesondere die Verfügungen [9]). Daß das Rechtsgeschäft der Sicherungsübereignung eine Sonderstellung als fiduziarisches Rechtsgeschäft einnimmt, schließt die Anwendbarkeit des § 3 Ziff. 1 AnfGes. nicht aus [10]).

Auch nichtige Rechtsgeschäfte stellen eine Willensbetätigung dar; zeitigt dieses nichtige Geschäft Veränderungen der Rechtslage, dann ist es eine Rechtshandlung im Sinne des Anfechtungsgesetzes, zeitigt es keine rechtlichen Folgen, dann wäre allerdings eine Anfechtung „ohne Gegenstand“ [11]), sodaß man sich in diesem Falle nicht schlüssig zu werden braucht, ob wir es mit einer Rechtshandlung zu tun hatten oder nicht.

Jaeger schreibt [12]): „Hat aber die Scheinerklärung unmittelbar oder mittelbar zu einer die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigenden Rechtsveränderung geführt, so ist dem allgemeinen Erfordernis einer benachteiligenden Rechtshandlung genügt und dementsprechend beim Vorhandensein auch der besonderen Anfechtbarkeitserfordernisse (§§ 3, 11 AnfGes., §§ 30—32, 42 KO.) die Anfechtbarkeit begründet. Häufig liegen gerade beim Scheingeschäft unmittelbare, trotz der materiellen Nichtigkeit zu verspürende Schädigungen des Gläubigerzugriffs in der Aenderung der formalen Rechtslage, z. B. der Eintragung des Scheinerwerbs in das Grundbuch oder in der Besitzübergabe an ihn.“

Solche Veränderungen schafft nun aber gerade die Sicherungsübereignung, die wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, nicht [13]); das einzige Hemmnis für den Gläubiger, der in die ungültig übereigneten Gegenstände vollstrecken will, ist sein eigener persönlicher Zweifel daran, ob er die Rechtslage richtig beurteile. Auch ein solches scheinbares Hindernis wird man gegebenenfalls als eine die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigende Rechtsveränderung ansehen müssen [14]). Die Anfechtungsklage gegenüber einer nichtigen Siche-

---

8) Jaeger, AnfGes. § 1 Bem. 32; Warneyer, AnfGes. § 1 Bem. I S. 14.

9) Mentzel § 29 Bem. 2 c.

10) RG. JW. 1901, 710; Jaeger, AnfGes. § 1 Bem. 60; Warneyer AnfGes. § 1 Bem. I S. 24.

11) Jaeger, AnfGes. § 1 Bem. 58, ders. KO.) § 29 Bem. 52 (mit besonderem Hinweis auf die Sicherungsübereignung); Warneyer, AnfGes. § 1 Bem. I S. 22 .

12) Jaeger a. a. O. (Anm. 11).

13) denn dort bleibt der Schuldner im Besitz der Sachen und bleibt (infolge der Nichtigkeit) auch Eigentümer.

14) RG. BankA. 30, 16.

rungsübereignung würde also oft zweckmäßig sein, kann aber auch gegenstandslos sein, da eine rechtliche oder tatsächliche Veränderung nicht stattgefunden hat.

Hamelbeck[15]) führt aus: Die Anfechtbarkeit sei mit der Nichtigkeit unvereinbar, sie dürfe nur geprüft werden, wenn die Rechtsgültigkeit der Uebereignung feststehe.

Dem ist nun entgegenzuhalten, daß auch ein nichtiges Rechtsgeschäft rechtliche Folgen hervorrufen könne und also eine Rechtshandlung sei; in §§ 116 ff. BGB. z. B. beschäftigt sich das Gesetz eingehend mit den Folgen nichtiger Rechtsakte. Warneyer[16]) führt aus, daß es genüge, wenn die Lage der anderen Gläubiger erschwert und diese also mittelbar benachteiligt würden.

Durch die Rechtshandlung, also die Sicherungsübereignung, müssen die dritten Gläubiger benachteiligt sein. Es erheben sich hier ungefähr dieselben Fragen wie oben bei der Feststellung des Sittenverstoßes. Durch die zu umfassenden Sicherungsmaßnahmen werden dritten Gläubigern die Zugriffsobjekte, die ihnen normalerweise zur Verfügung stehen, entzogen; es tritt objektiv eine Benachteiligung der ungesicherten Gläubiger ein. Für diese objektive Feststellung der Benachteiligung der ungesicherten Gläubiger kann die Frage, ob wir es im Einzelfalle mit einem kongruenten oder inkongruenten Deckungsgeschäft zu tun haben, dahingestellt bleiben; aus der Entziehung aller normalen Zugriffsmittel folgt für die ungesicherten Gläubiger eine derartige Gefährdung, daß die Nachteile, die ihnen hieraus erwachsen, nicht durch andere Erleichterungen, die dem Schuldner zuteil wurden, aufgewogen werden können[17]). Für die Feststellung der Benachteiligungsabsicht auf seiten des Schuldners und der Kenntnis hiervon bei dem Sicherungsnehmer werden allerdings wertvolle Hinweise daraus zu entnehmen sein, ob die Sicherungsübereignung im Rahmen eines einheitlichen Kreditgeschäftes erfolgte, gewissermaßen als Gegenleistung für einen gleichzeitig gewährten Kredit — kongruentes Deckungsgeschäft —, oder ob der Schuldner die Sicherung, ohne dazu verpflichtet zu sein, für eine schon früher entstandene Schuld eingeräumt hat — inkongruente Deckung[18]) —.

Die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, ist das Handeln mit Wissen und Wollen der Benachteiligung oder zum

---

[15]) S. 31.

[16]) AnfGes. § 3 Bem. II 11 S. 88.

[17]) Hamelbeck S. 31/2 geht nicht so weit: eine Gläubigerbenachteiligung läge in jeder Sicherungsübereignung, wenn nicht gleichzeitig entsprechende Werte dem Vermögen des Schuldners zugeführt würden.

[18]) Die Gegenleistung für eine nachträglich erfolgte Sicherungsübereignung kann auch in einer Stundung, Prolongation etc. bestanden haben. Fachinger S. 69, 70; Hamelbeck S. 32.

mindesten der Benachteilungsmöglichkeit[19]); es genügt also auch der bedingte Vorsatz aber nicht Fahrlässigkeit[20]). Daraus, daß die Sicherungsübereignung sich als inkongruentes Deckungsgeschäft darstellt, wird man häufig schon auf das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes beim Schuldner wie beim Sicherungsnehmer schließen können; aber dies ist nur ein Indiz, das nicht immer und auf alle Fälle die Benachteiligungsabsicht beweisen muß. Ist die Sicherungsübereignung im Rahmen eines kongruenten Deckungsgeschäfts vorgenommen worden, dann können noch eher Zweifel entstehen, ob auch der erforderliche subjektive Tatbestand gegeben ist, wenn auch die Tatsache, daß die Weggabe aller Zugriffsmittel die übrigen Gläubiger benachteiligt, den Handelnden nicht entgehen kann[21]). Auch ist das Vorliegen der Absicht der Beteiligten, den Schuldner zu sanieren, allein noch kein Grund, die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes zu verneinen[22])[23]). Hie und da wird der Sicherungsnehmer über die Vermögenslage des Schuldners im Irrtum sein, und es wird ihm so nicht zum Bewußtsein gelangen, daß andere Gläubiger der Gefahr einer Benachteiligung ausgesetzt werden.

Die Anfechtung kann von Alt- und Neugläubigern durchgeführt werden[24]). Auch von Neugläubigern, wenn nur bei Abschluß des Ge-

---

[19]) Stern, S. 92. „Es wird wohl selten eine direkte Absicht der Benachteiligung auf seiten des Schuldner gerade bei der Sicherungsübereignung vorliegen, denn mit Ausnahme von Schiebungsfällen ist der Zweck dieser Verträge gewöhnlich allein der, einen drängenden Gläubiger zu beruhigen."

Jaeger, AnfGes. § 3 Bem. 12. „Diese Absicht ist der auf den Erfolg der Gläubigerbenachteiligung gerichtete W i l l e. Daß die Gläubigerbenachteiligung der ausschließliche oder doch letzte Zweck (Beweggrund) des Handelns war, erfordert das Gesetz nicht. Es genügt vielmehr, daß die Benachteiligung als notwendige Folge eines den Beweggrund des Handelns bildenden anderen Zwecks vom Willen des Schuldners mitumfaßt war." Ebenso Warneyer, AnfGes. § 3 Bem. II, 12.

[20]) Stern a. a. O. meint, es sei nicht angängig, wo das Gesetz klar und deutlich das Tatbestandsmerkmal der Absicht aufstellt, auch das Bewußtsein notwendiger und sogar nur möglicher Schädigung als genügend hinzustellen. Die h.L. ist dem nicht gefolgt (also ähnlich wie Koch, vgl. o. § 4 S. 14 Anm. 4).

[21]) Warneyer, AnfGes. § 3 Bem. II 8. „Es besteht kein Rechtsgrundsatz, daß bei kongruenter Deckung eine fraudulose Absicht des Schuldners nur ausnahmsweise namentlich beim Vorliegen besonderer diese Absicht klarstellender Verabredungen anzunehmen sei. Wenn die Anfechtbarkeit derartiger Geschäfte häufig ausgeschlossen erscheint, so handelt es sich hier immer nur um Erwägungen tatsächlicher Natur, die keineswegs überall zutreffen brauchen."

[22]) Die Sanierungsabsicht wird zum mindesten immer den direkten Vorsatz beseitigen, ob noch ein bedingter Vorsatz gegeben ist, ist Frage des einzelnen Falles.

[23]) Warneyer, AnfG. § 3 Bem. I. 12.

[24]) Mentzel. § 31 Bem. 7.

schäfts die erforderliche Benachteiligungsabsicht gegeben war, trotzdem damals noch keine anderen Gläubiger vorhanden waren; es ist nicht erforderlich, daß die Benachteiligungsabsicht sich auf bestimmte Gläubiger bezog [25]). Man könnte vielleicht denken, daß die Sicherungsübereignung, speziell wenn sie als inkongruentes Deckungsgeschäft erfolgt, unter den Tatbestand der Ziff. 3 des § 3 AnfGes. gehöre; aber das ist unrichtig. Eine Sicherungsübereignung ist ihrer Natur nach nie eine unentgeltliche Verfügung, eine Leistung ohne Gegenleistung, denn sie wird immer für den Kredit gewährt, den sie zu sichern bestimmt ist, soweit man bei einem Sicherungsgeschäft überhaupt von einem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sprechen kann.

Die Rechte, die dem anfechtenden Gläubiger aus der Anfechtung erwachsen, umgrenzt § 7 Anf.Ges. Der Anspruch auf „Rückgewähr" [26]) des durch die angefochtene Handlung Weggegebenen hat nicht die Bedeutung, daß es in das Vermögen des Schuldners zurückgeschafft werden müsse; es soll vielmehr im Interesse der Befriedigung des Anfechtenden nur zurückgewährt werden „soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist". Es soll also dem gegenüber, dessen Zugriff die Vermögenswerte des Schuldners durch die angefochtene Sicherungsübereignung entzogen worden waren, die zur Sicherheit weggegebenen Gegenstände so behandelt werden, als bildeten sie noch einen Bestandteil des Vermögens des Schuldners, sodaß sie noch der Zwangsvollstreckung des anfechtenden dritten Gläubigers unterliegen. Der Anspruch des Anfechtenden geht also nicht dahin, daß ihm die anfechtbar erlangten Werte zu übertragen seien, denn das ginge über „zum Zwecke seiner Befriedigung" hinaus; sein Recht geht nur auf Befriedigung aus den weggegebenen Gegenständen, als ob diese noch zum Vermögen des Schuldners gehörten. In derselben Weise, wie der Anfechtende, wenn die Sachen dem Schuldner verblieben wären, sich aus ihnen im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner würde Befriedigung verschaffen können, hat der Anfechtungsgegner (der Sicherungsnehmer) die Zwangsvollstreckung in die Gegenstände, deren Uebereignung mit Erfolg angefochten wurde, zum Zwecke der Befriedigung des anfechtenden Gläubigers zu dulden [27]).

Die Anfechtung bewirkt also nicht die Nichtigkeit oder sonstige Ungültigkeit des angefochtenen Geschäfts, sondern nur eine relative Unwirksamkeit, d. h. Unwirksamkeit der angefochtenen Handlung im Verhältnis des Anfechtenden — des dritten Gläubigers — zum Anfechtungsgegner [28]) — dem Sicherungsnehmer —.

[25]) RG. 15, 64; 26, 13.

[26]) Der „Entwurf einer ZPO." (§ 857) kennt einen „Rückruf" als Schutz für dritte Gläubiger.

[27]) Vgl. RG. Gruch. 46, 1019.
Jaeger, AnfGes. § 7 Bem. 2, 3; Warneyer, AnfGes. § 7 Bem. I und VI.

[28]) RG. 58, 107; 91, 367. Warneyer, Anfecht.Ges. § 1 Bem. V.

§ 25. Die Haftungserstreckung. (§ 419 BGB.).

Bei Anwendung des § 419 BGB. gestaltet sich für die Drittgläubiger die Beweisfrage günstiger, als wenn sie sich der Rechtsbehelfe des Anfechtungsgesetzes bedienen oder sich auf die §§ 138, 826 BGB. berufen. Es bedarf für die Anwendung des § 419 BGB. nur des Nachweises eines objektiven Tatbestandes, daß die Vermögensübertragung stattgefunden habe, und nicht der schwer beweisbaren subjektiven Momente; allerdings besteht, wie wir sehen werden, die Tendenz, für die Anwendung des § 419 BGB. auch das Bewußtsein der Beteiligten davon, daß es sich um eine Vermögensübernahme handele, zu verlangen; ein subjektives Tatbestandsmerkmal dessen Nachweis dem Dritten die Beweislast wieder erschweren würde [1]).

Die Vorschrift des § 419 BGB. beruht auf dem Gedanken, daß ein Gläubiger dort, wo die Vermögensmasse, die natürliche Unterlage der dem Schuldner gewährten Kredite [2]), geblieben ist, auch Befriedigung soll suchen können [3]).

In Verfolgung dieses Gedankens wurde dann auch die Bestimmung getroffen, daß die Vorschrift des § 419 BGB. zwingendes Recht sein solle (§ 419 III) [4]).

Der § 419 BGB. knüpft die Rechtsfolge der Haftung [5]) des Uebernehmers an den Tatbestand des Vorhandenseins eines Vertrages über die Vermögensübernahme; es ist nicht noch der tatsächliche Uebergang des Vermögens erforderlich; es genügt allein schon das Bestehen eines dahingehenden Verpflichtungsgeschäftes, obwohl auf Grund dessen eine Gesamtnachfolge nicht erfolgt und nicht erfolgen kann [6]). Diese Regelung ist mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit so getroffen worden [7]); es erleichtert natürlich dem Außenstehenden den Beweis sehr, wenn er nur den Abschluß dieses Verpflichtungsvertrages und nicht die Ausführung

---

[1]) Vgl. Siller, JW. 1932, 3182.

[2]) Vgl. oben § 12 S. 38.

[3]) Denselben Zweck verfolgen auch die Bestimmungen §§ 1088, 1411 ff., 1459 ff., 1480, 2382 BGB., 305, 306 HGB.

[4]) RG. 69, 288; 80, 260; 85, 169; 92, 86; 130, 36; RG. Warn. 1929 Nr. 174; RG. BankA. 29/15.
Enneccerus-Lehmann § 87 II 1; Heck, SchuldR. § 72 8 b.

[5]) Für die von uns zu untersuchenden Fragen ist eine Stellungnahme zu der Streitfrage, ob der Uebertragende und der Uebernehmer oder einer von ihnen nur haften oder schulden nicht notwendig.
Vgl. Oertmann § 419 Bem. II b 1, Gierke S. 63; Endemann Bd. I § 58 Anm. 5. Planck § 419 Bem. 1; v. Schwerin S. 67 Anm. 4 u. S. 79/80.

[6]) Soergel § 419 Bem. 1; Warneyer § 419 Bem. 1.
(Gesamtnachfolge kennt unser Recht nur im Falle der Erbfolge).

[7]) Mot. II. S. 151/52.
RG. 69, 288; Enneccerus-Lehmann § 87 II 1 b.

der Uebernahme des Vermögens nachweisen muß. Ebenso ist dem Zweck dieser Bestimmung gem. der § 419 BGB. auch anzuwenden, wenn einmal die Uebertragung des gesamten oder nahezu gesamten Vermögens zwar tatsächlich erfolgt ist, ein dahingehender Verpflichtungsvertrag aber nicht besteht [8]), weil z. B. diese Vereinbarung wegen Formmangels nichtig ist (§§ 311, 125 BGB.) oder dort auch nur von den einzelnen Gegenständen die Rede ist, die allerdings in ihrer Gesamtheit das Vermögen des Schuldners ausmachen [9]). Würde man als Voraussetzung für die Anwendung des § 419 BGB. die Wahrung der Form des § 311 BGB. fordern, dann würde hierdurch eine Umgehung des § 419 sehr erleichtert werden und die Bestimmung des Abs. III des § 419, durch welche seine Unabdingbarkeit bestimmt wird, wirkungslos gemacht werden. Es läge dann jederzeit in der Macht der Beteiligten, auf Grund formloser Vereinbarung, ungeachtet deren möglichen Nichtigkeit, eine Vermögensübertragung vorzunehmen und so die Gläubiger des Uebertragenden des Schutzes des § 419 zu berauben.

§ 419 gelangt zur Anwendung, gleichviel ob die Uebernahme entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte, ob die Gegenleistung gleichwertig oder ungleichwertig, ob sie schon erbracht oder noch zu bewirken ist [10]). Der deutschrechtliche Vermögensbegriff umfaßt nur die einer Person zustehenden Rechte, nicht auch die Pflichten, mit denen diese Person belastet ist. Vermögen sind also nur die sogen. Aktiven; die Passiven lasten wirtschaftlich auf diesem Vermögen [11]); die wirtschaftlich notwendige Verknüpfung der Aktiven und Passiven [12]) stellt rechtlich der § 419 (bzw. § 1967) BGB. her. Die Passiven sind wirtschaftlich mit dem Vermögen des Schuldners genau so verbunden wie mit seiner Person [13]); wenn nun durch eine Vermögensübernahme das Aktivvermögen auf einen anderen übergeht und die Haftung für die Passiven deshalb auf den Uebernehmer erstreckt wird, so bleibt gleichwohl auch der ursprüngliche Schuldner dieser Passiven weiter verhaftet, weil sie eben auch an seine Person geknüpft sind. Es ist für die Haftungserweiterung gleichgültig, ob die Person des Uebertragenden eine Aussicht dafür

---

[8]) RG. 69, 420; 76,4; 82, 277; 85, 169; 92, 85; 123, 54; 130, 38; RG. Warn. 1914 Nr. 282.

Staudinger § 419 Bem. I 2; Stammreich S. 36; Warneyer § 419 Bem. I. a. M. Gierke a. a. O. S. 65 und Mansee S. 37.

[9]) und so liegen die Verhältnisse bei der zu weitgehenden Sicherungsübereignung.

[10]) RG. Recht 1912 Nr. 203; OLG. München JW. 1928, 2479. Mann JW. 1932, 2281; Planck-Siber § 419 Bem. 1; RGRKomm. § 419 Anm. 1; Staudinger § 419 Bem. I 2; Warneyer § 419 Bem. 1.

[11]) RG. 137, 52.

[12]) s. o. S. 79 zu Anm. 2 und 3.

[13]) Vgl. o. § 12 S. 38; s. auch RG. JW. 1932, 3176.

bietet, daß er wieder zu Vermögen, also Zugriffsobjekten, kommen werde oder nicht, oder daß er sofort Vermögenswerte als Gegenwert für die Uebertragung seines Vermögens erhält. Der Zugriff in dieses Entgelt wird für Dritte meist auch bedeutend schwieriger sein, als der in die ursprüngliche Vermögenssubstanz, und diese Gegenleistung steht völlig außerhalb des (übernommenen) ehemaligen Vermögens. Die abweichende Meinung Jacusiels[14]), daß § 419 keine Anwendung finden könne, soweit die Gegenleistung, die der Uebertragende erhalten hat, eine Befriedigung durch Zugriff in dessen Vermögen gestatte, ist darum zurückzuweisen, weil dann die Anwendung des § 419 auf die Fälle der Schenkung praktisch beschränkt sein würde[15]). Ob und wie die Aufwendungen des Uebernehmers Berücksichtigung finden können, wird weiter unten zu zeigen sein[16]).

Der Tatbestand des § 419 ist nicht nur dann gegeben, wenn ausdrücklich das ganze Vermögen oder ein Vermögensbruchteil[17]) übertragen wird, sondern auch dann, wenn die Summe der übertragenen einzelnen Gegenstände tatsächlich das Vermögen des Veräußerers darstellt[18]), oder sogar, wenn ein einzelner Gegenstand praktisch dieses Vermögen ausmacht[19])[20]). Unerheblich ist es auch, ob etwa einzelne Stücke, die nur einen geringen Wert darstellen, von der Uebernahme ausgeschlossen wurden[21]), oder ob die Vermögensübernahme durch einen einzigen Vertrag oder durch den Abschluß mehrerer, tatsächlich aber auf die Uebertragung des gesamten Vermögens hinauslaufender einzelner Verträge zwischen denselben[22]) ja sogar, wenn damit der

---

[14]) S. 44.

[15]) Wie hier Biebergeil S. 19; Reichel S. 95; Stammreich S. 36/37 bes. Anm. 80.

[16]) s. u. § 25 S. 89/90.

[17]) Enneccerus-Lehmann § 87 II 1 b; Oertmann § 419 Bem. 6 a; Staudinger § 419 Bem. I 2 a. E.; Warneyer § 419 Bem. 1.

[18]) RG. 65, 171; 76, 3; 82, 277; 123, 54; 130 38/39; RG. Warn. 1914 Nr. 282; OLG. Hamburg, Rspr. 45, 138; Stern S. 89 sowie die in Anm. 17 Aufgeführten.

[19]) SeuffA. 83 Nr. 65; Mann JW. 1932, 2280.

[20]) RG. JW. 1932, 725: „Nicht jeder Gegenstand ist allerdings, weil er das einzige Gut des Veräußerers ist, als ein Vermögen anzusprechen, etwa ein Haustier, ein Möbelstück oder dergl., denn der Begriff ist im Einklang mit der Verkehrsauffassung zu bestimmen." Praktisch kommt hier hauptsächlich das Grundeigentum in Betracht.

Vgl. aber unten S. 84 wegen des „Begriffs der Verkehrsauffassung".

[21]) RG. 69, 282; 80, 260; RG. JW. 1908, 717; RG. BankA. 29, 15; Stammreich S. 36.

[22]) RG. Warn. 1931 Nr. 82; BankA. 29, 15.
Oertmann § 419 Bem. 6 c.; Staudinger § 419 Bem. I 2.

gleiche Erfolg erreicht wird, zwischen verschiedenen Personen [23]) erfolgt ist.

Es sind nun Zweifel laut geworden, ob das fiduziarische Geschäft der Sicherungsübereignung überhaupt eine Vermögensübernahme bzw. -übertragung darstelle. Zwar läge bei der Sicherungsübereignung zunächst eine Uebertragung vor, aber diese sei nicht als endgültig gewollt und enthielte selber gleichzeitig einen bedingten Anspruch auf Rückübereignung und könne deshalb nicht als Vermögensübernahme im Sinne des § 419 BGB. angesehen werden [24]). Abgesehen davon, daß praktisch heute fast nie das Erfüllungsgeschäft, die Sicherungsübereignung selber, bedingt abgeschlossen wird, muß es abgelehnt werden, die möglichen Rechtsfolgen einer Bedingung zu berücksichtigen, solange diese selber noch nicht eingetreten ist. §§ 158 ff. BGB. zeigen, daß die rechtsändernde Kraft einer Bedingung erst von dem Augenblick ihres Eintretens ab vorhanden ist (Wirkung ex nunc); die einzige Ausnahme hiervon bildet — abgesehen von den Bestimmungen der Konkursordnung mit Rücksicht auf die Eigenart der konkursmäßigen Befriedigung — der § 161 BGB.

Ebenso wird auch aus dem Zwecke des Gesetzes heraus die Anwendbarkeit des § 419 BGB. auf die Sicherungsübereignung angezweifelt. Die zur Sicherung übereigneten Werte hafteten dem Sicherungsnehmer nur in Höhe des Kredites, den sie zu sichern bestimmt seien, der Ueberschuß fließe dem Schuldner wieder zu und komme so den übrigen Gläubigern zugute [25]); auch schaffe der Kredit in dem Falle, in welchem er auf Grund der Sicherungsübereignung erst neu gewährt werde, neue Mittel für den Schuldner und damit Zugriffsmöglichkeiten für die dritten Gläubiger [26]). Diese Einwendungen beruhen auf einer Verkennung des Zweckes des Gesetzes; das Entscheidende für die von dem § 419 aufgestellte Folge der Haftungserstreckung ist nur die Tatsache des Uebergangs der bisherigen Kreditunterlage [27]), und diese geht bei einer zu umfangreichen Sicherungsübereignung genau so auf eine andere Person über wie bei jeder Vermögensübernahme. Daß die angeführten Nebenumstände für die Anwendbarkeit des § 419 ohne Bedeutung sind, haben wir schon oben mit der Untersuchung darüber nachgewiesen, daß es für § 419 ohne Bedeutung ist, ob die Ver-

---

[23]) RG. 123, 54; RG. JW. 1928, 1345.

Enneccerus-Lehmann § 87 II 1 b; Warneyer § 419 Bem. I; vielleicht auch Biebergeil, S. 14/15.

[24]) Koch (1931), S. 149; Bonnet, DNotVZ. 1911, 49; Weißler, das. S. 554. OLG. Hamburg, Rspr. 22, 215 a. E.

[25]) Koch (1931) S. 149.

[26]) Bonnet, S. 49, der nur für den Fall der kongruenten Deckung den Ausschluß des § 419 BGB. behauptet.

[27]) Heck, SchuldR. § 72 8 b.; vgl. auch o. S. 79 zu Anm. 3.

mögensübernahme entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte; weil es gar nicht darauf ankommt, ob und welche Gegenleistungen der Uebertragung des Vermögens entsprechen, findet § 419 auf das fiduziarische Geschäft der Sicherungsübereignung Anwendung, wobei es gleichgültig ist, ob es sich im Einzelfalle um eine kongruente oder inkongruente Deckung handelt [28]).

Es besteht also die Möglichkeit, daß jeder Verkauf, jede Weggabe des Vermögens die oft unvorhergesehene Folge der Haftungserstreckung für die Schulden des Uebertragenden auf den Uebernehmer nach sich ziehen kann. Das kann für den Uebernehmer sehr hart und ungünstig sein, namentlich wenn das übertragene Vermögen sich in einer einzigen Sache erschöpfte und er keine Ahnung davon hatte, daß er mit dieser das gesamte Vermögen seines Vertragsgegners in die Hand bekommen hat und somit bis zu dessen Wert auch für die Schulden des Veräußerers haften müsse [29]) (ohne daß er berechtigt wäre, den aufgewandten Erwerbspreis abzuziehen) [30]). Um derartige Härten zu vermeiden, verlangt eine Lehrmeinung — die subjektive Theorie —, daß der Uebernehmer das Bewußtsein haben müsse, daß es sich um eine Vermögensübernahme handele; die objektive Theorie dagegen, die mehr das Interesse der (außenstehenden) Gläubiger betont, besagt, daß es zur Anwendung des § 419 BGB. nur erforderlich und immer genügend sei, wenn tatsächlich eine Vermögensübernahme gegeben sei.

Das Reichsgericht hat bisher in regelmäßiger Rechtsprechung betont, daß es für die Anwendung des § 419 gleichgültig sei, ob ein Wille oder Bewußtsein der Beteiligten hinsichtlich der Tatsache, daß es sich um eine Vermögensübernahme handele, bestanden hätte, wenn nur tatsächlich die Uebertragung des Vermögens einer Person vorläge [31]). Nun finden wir aber in RG. 134, 124/25 [32]) „zum Tatbestand des § 419 gehört vielmehr mindestens bei der Uebertragung einzelner Gegenstände, daß der Erwerber die Verhältnisse des Veräußerers kennt, und daß nach diesen ihm bekannten Verhältnissen das ganze oder so gut wie das ganze Vermögen mit dem überlassenen Gegenstand auf ihn

---

28) RG. JW. 1927, 2539; 1928, 2735; BankA. 29/15; OLGR. 29, 192. Biebergeil, S. 10, 33; Heck, SchuldR. (S. 220), § 72 8 b; Hoeniger, Sü. S. 128; Planck § 419; Bem. 1; Staudinger § 419 Bem. I 2; Stern, S. 87; Warneyer § 419 Bem. I.

29) Biebergeil, S. 11, 12/13; Weißler a. a. O. S. 554.

30) Vgl. unten S. 89 zu Anm. 56 sowie diese.

31) RG. 85, 169; 92, 86; 123, 54; 130, 37; RG. Warn. 1929 Nr. 174; 1931 Nr. 82; RG. BankA. 29, 15; unklar RG. 69, 410; 71, 4, während die Entsch. im 123. u. 130. Bd. die Frage „Bewußtsein oder nicht“ garnicht berühren und also keine Kenntnis der Eigenschaft als Vermögensübernahme verlangen. Auch OLG. München JW. 1928, 2479 vertritt die objektive Theorie.

Vgl. auch Anm. 34 u. 35.

32) = JW. 1932, 725.

übergeht". Dagegen wird in RG. Warn. 1914 Nr. 282 nur ausgesprochen, daß es zur Anwendung des § 419 genüge, wenn die übertragenen Gegenstände das Vermögen des Veräußerers ausmachten und die Beteiligten sich dessen bewußt seien, es wird aber nicht verlangt, daß immer auch ein subjektiver Tatbestand vorliegen müsse[33]. Das Reichsgericht folgt mit dieser Schwenkung[34] zur subjektiven Theorie, die zunächst allerdings nur für den Fall der Uebereignung eines einzelnen Gegenstandes, der als solcher das Vermögen des Veräußerers darstellt, ausgesprochen worden ist, einer Tendenz, die in den unteren Gerichten schon viele Anhänger gefunden hat[35]. Aber es ist sachlich nicht gerechtfertigt und auch nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, wenn hier das RG. andeutet, daß es einen Unterschied machen — oder dies zum mindesten sich offen lassen — will zwischen dem Tatbestand der Uebernahme einer Reihe von Gegenständen und dem eines einzelnen Gegenstandes, welche beide das Vermögen des Uebertragenden darstellen. Man wird sich also für eine der beiden Theorien entscheiden müssen; der Ausweg, den Biebergeil[36] vorschlägt, es auf den Begriff der „Vermögensübernahme" abzustellen, den man in Uebereinstimmung mit der Verkehrsauffassung halten müsse, ist nicht brauchbar. Weder liefert uns Biebergeil eine genaue Bestimmung dieses Begriffes, wie er ihn verstanden haben will, noch untersucht er, welche Richtlinien denn für die Verkehrsauffassung maßgebend sind; dann hätte er nämlich gefunden, daß wieder die Frage „subjektive oder objektive Theorie" auftaucht, je nachdem ob der Beurteilende vom Standpunkt des Uebertragenden oder des Uebernehmers ausgeht.

In dem Schulfalle, daß die Parteien ausdrücklich das Wort „Vermögen bzw. Vermögensübernahme" bei ihrer Vereinbarung verwenden, ist der Gegensatz der beiden Theorien bedeutungslos, denn es ist ja selbstverständlich, daß dann auch den Anforderungen der subjektiven Theorie Genüge geschehen ist[37]; allerdings muß hier darauf hingewiesen werden, daß auch die subjektive Theorie nicht verlangt, daß das

[33]) Aehnlich RG. 76, 4.

[34]) Vgl. Biebergeil, S. 13; Mann JW. 1932, 2280; Siller JW. 1932, 3181 dafür, daß die dauernde Rspr. des RG. so aufzufassen ist, daß das RG. die objektive Theorie vertrat; dagegen könnte RG. 76, 4 als der subjektiven Theorie folgend angesehen werden;. SeuffA. 83; Nr. 65, wo es sich um einen einzelnen Gegenstand handelt, läßt unklar, ob für § 419 ein subjektiver Tatbestand nötig ist.

[35]) OLGR. 23, 21; 12, 50; 33, 251; Recht 1914 Nr. 1975; HRR. 1928 Nr. 602; HansRGZ. 1928 Abt. B Sp. 250; JW. 1929, 2069; 1930, 1509; LZ. 1930 Sp. 1396.

[36]) S. 14.

[37]) Es muß hier auf die Aehnlichkeit mit den Untersuchungen oben § 3 S. 12, insbes. zu Anm. 15 (Fall 3 = Fall 1) (vgl. auch § 16 S. 52) zum subjektiven Tatbestande des Sittenverstoßes bei § 138 verwiesen werden.

Bewußtsein sich auch auf die Kenntnis der durch § 419 BGB. an die Vermögensübernahme geknüpften Rechtsfolgen zu erstrecken braucht, oder daß diese sogar gewollt sein müßten[38]). Schwierigkeiten ergeben sich erst, wenn es an einem Verpflichtungsvertrag fehlt oder die Summe der übertragenen einzelnen Gegenstände bzw. der übertragene Gegenstand tatsächlich das Vermögen des Uebertragenden darstellen.

Den Text des Gesetzes können beide Theorien zur Unterstützung ihrer Auffassung heranziehen. „Uebernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen . . .“ bedeutet für die Anhänger der objektiven Theorie[39]): „an die Tatsache der Vermögensübernahme knüpft sich automatisch die Folge der Haftungserstreckung“, wobei das Wort Vertrag im Gesetzestext Aufnahme gefunden hat, um den Gegensatz zu einem Vermögensübergang kraft Gesetzes (z. B. §§ 1922 ff. BGB.) herauszustellen. Die Vertreter der subjektiven Theorie[40]) sehen eben in dem Worte „Vertrag“ die Aufstellung des Erfordernisses einer ausdrücklichen Vereinbarung der Vermögensübernahme oder zum mindesten einer Vertragsvereinbarung in dem Bewußtsein, daß der praktische Erfolg eine Vermögensübernahme darstelle.

Es läßt sich nicht leugnen, daß die subjektive Theorie zu ihren Gunsten anführen kann, daß es nach h. L. für die Anwendung des § 419 bereits genügt, wenn nur der Verpflichtungsvertrag abgeschlossen ist. Das paßt nicht besonders gut zu der objektiven Theorie, die ja die Tatsache[41]) des Uebergangs betont, aber ohne weiteres für die subjektive, trotzdem diese h. L. sich unter der Herrschaft der objektiven Theorie gebildet hat. Daß die Heranziehung der Vorschriften über den Erbschaftskauf[42]) nicht geeignet ist, eine Klärung herbeizuführen, zeigen die Aufsätze von Mann und Siller[43]). Für den Erbschaftskauf kann nur eine subjektive Theorie in Frage kommen, weil der Wortlaut und die systematische Stellung des § 2382 BGB. keinen Zweifel daran bestehen lassen, daß Abschluß eines Vertrages gem. § 2371 BGB. und damit Kenntnis des Erwerbers von seiner Stellung als Erbschaftskäufer Voraussetzung der Haftung aus § 2382 ist. Bei den scheinbar einander entsprechenden Vorschriften §§ 311 und 419 BGB. ist es nach h. L. gerade

---

[38]) das ist — auch für die subjektive Theorie — aus Abs. III des § 419 abzuleiten; vgl. auch BankA. 29, 15 sowie unten S. 86 zu Anm. 46.

[39]) Heck, Schuldverhältnisse § 72 8 b; Oertmann § 419 Bem. 2 a; Planck § 419 Bem. 1; Soergel § 419 Bem. 9; Staudinger § 419 Bem. I 2; Stern S. 89; Warneyer § 419 Bem. I. Auch Bauer-Mengelberg, S. 50; Schönfeld S. 78 Anm. 2 scheinen die objektive Theorie zu billigen.

[40]) Blomeyer, S. 26, 27; Mann, JW. 1932, 2281; Stammreich, S. 36; Weißler, DNotVZ. 1911, 554. Vgl. auch oben S. 84 Anm. 35.

[41]) s. o. S. 81.

[42]) §§ 2371 ff. BGB.

[43]) JW. 1932, 2281 und 3182.

so, daß sich ihre Anwendungsgebiete nicht decken[44]); § 311 BGB. dient dem Schutze desjenigen, der sein Vermögen weggeben will, vor unüberlegten Handlungen; er stellt es darauf ab, daß die Verpflichtung auf das Vermögen als Inbegriff geht und findet dann keine Anwenwendung, wenn sich die Verpflichtung auf die einzelnen Sachen bezieht; § 419 BGB. will die Gläubiger des Uebertragenden schützen, hat also die Tatsache des Ueberganges im Auge. Ein Geschäft, das § 419 BGB. unterfällt, braucht nicht den § 311 BGB. zu erfüllen; damit entfällt aber die Möglichkeit, hier eine Gleichheit der Verhältnisse feststellen zu können, mit der eine Analogie begründet werden könnte.

Jede der beiden Theorien nimmt es natürlich in Anspruch, den Interessen des Verkehrs besser gerecht zu werden als die andere. Das RG. führt hierzu aus[45]): „Das wäre eine unerträgliche Belastung des Verkehrs im allgemeinen und insbesondere des Grundstücksverkehrs, der danach (nämlich nach der objektiven Theorie) ohne weitgehende Nachforschungen nach den persönlichen Verhältnissen des Veräußerers gefährlich sein würde.“ Dem muß entgegengehalten werden, daß es ja noch andere Fälle gibt, in denen das Gesetz voraussetzt, daß ein Erwerber sich über persönliche Verhältnisse des Veräußerers in Kenntnis setzt, ohne ihn im Falle der Unkenntnis zu schützen; z. B. beim Erwerbe von einer Ehefrau wird man bei Unkenntnis dieser persönlichen Verhältnisse nicht vor den sich aus der Nichtberücksichtigung ergebenden Rechtsfolgen geschützt (§ 1404 BGB.), während im allgemeinen, in Bezug auf andere Umstände, die nicht so persönlicher Natur sind, der gute Glaube eines Erwerbers geschützt wird (§§ 932 ff., 892 BGB.).

Die objektive Theorie ist mehr auf den Schutz der Interessen der (außenstehenden) Gläubiger gerichtet und darauf abgestellt, jede Möglichkeit abzuschneiden, die den Gläubigern die Zugriffsmasse entziehen könnte. Bei dem bereits oben dargelegten Zweck der Vorschrift des § 419 BGB., der Verschiebung der Zugriffsmasse sogleich die Möglichkeit nachfolgen zu lassen, doch auf diese Masse, die Kreditunterlage, Zugriff zu nehmen, ist die objektive Theorie die einzige, die diesem Zwecke gerecht wird. Die subjektive Theorie will den Uebernehmer vor von ihm nicht vorhergesehenen Lasten schützen, verlangt aber doch nicht[46]) Kenntnis dieser den Uebernehmer belastenden Rechtsfolgen, sondern nur Kenntnis von der Eigenschaft des Geschäfts, die Uebernahme eines Vermögens zu sein. Diese Auffassung, daß es für den subjektiven Tatbestand nicht erforderlich sei, daß man sich auch der durch das Gesetz an diesen Tatbestand geknüpften Rechtsfolgen bewußt werde,

44) So schon RG. 69, 420/21; vgl. o. S. 80.
45) JW. 1932, 725. Vgl. auch Biebergeil S. 12; Weißler, DNotVZ. 1911, 554.
46) s. o. S. 84/85 zu Anm. 38 sowie diese.

liegt vollständig im Rahmen unserer Rechtsordnung. Aber gerade diese Auffassung schwächt auch die Begründung der subjektiven Theorie, sie bewahre den Uebernehmer vor Lasten, die er nicht habe voraussehen können [47]). Denn es nützt ja dem Uebernehmer noch gar nichts, wenn er weiß, daß es sich um eine Vermögensübernahme handelt — er den Tatbestand, den die subjektive Theorie aufstellt, also voll erfüllt —, aber wegen Rechtsunkenntnis z. B. es versäumt hat, daraus zu folgern, daß er also auch für die zu dem übernommenen Vermögen gehörigen Passiven werde haften müssen. Er wird genau so überrascht sein und ist genau so viel oder wenig schutzwürdig wie derjenige, den ohne Kenntnis davon, daß er von seinem Vertragsgegner dessen ganzes Vermögen erworben hat — also nach der objektiven Theorie —, die Rechtsfolgen aus § 419 BGB. treffen.

Gerade nach den voraufgegangenen Untersuchungen über das Verhältnis des § 826 und auch des § 138 BGB. zu einer weitgehenden Sicherungsübereignung erwächst doch bei Annahme der subjektiven Theorie der Eindruck, als sei die Haftung auf Grund des § 419 BGB. die Folge (Strafe) für ein nicht ganz einwandfreies Verhalten; und zu diesem deliktischen Tatbestand gehöre eben ein subjektiver Tatbestand.

Die Vorschriften des Anfechtungsgesetzes haben zur Voraussetzung, daß der Schuldner einzelne Gegenstände — es brauchen nur einzelne Gegenstände zu sein, ihre Anzahl und das Verhältnis ihres Wertes zu seinem Gesamtvermögen ist ohne Bedeutung — weggeben hat, damit seine Gläubiger benachteiligen wollte und der Erwerber dies wußte; Alt- und Neugläubiger können die Anfechtung geltend machen.

Die Anwendbarkeit der §§ 826 und 138 BGB. auf die Weggabe des Vermögens hat zur Voraussetzung, daß das gesamte oder fast das gesamte Vermögen des Schuldners dem Sicherungsnehmer übertragen wird, und daß bei einem bzw. beiden der subjektive Tatbestand gegeben ist; dieser Schutz kommt Alt- und Neugläubigern zugute.

Der § 419 steht zwischen diesen Gruppen von Bestimmungen; objektiv verlangt er mehr als die Vorschriften des Anfechtungsgesetzes, subjektiv (auch wenn man der subjektiven Theorie folgte, denn § 419 erforderte dann nur das Bewußtsein von dem Umfang der übertragenen Werte und bei §§ 826, 138 ist außerdem noch das Bewußtsein der daraus folgenden Schädigungsmöglichkeit erforderlich, wenn das auch praktisch aus der Kenntnis des Umfanges vermutet wird) stellt er geringere Anforderungen als die §§ 138, 826; geschützt werden nur die Altgläubiger.

Aber wenn man der subjektiven Theorie folgt, dann würde der § 419 praktisch neben den anderen Bestimmungen nie zur Anwendung kommen können und gerade in den Fällen, in denen diese Bestimmungen

---

47) RG. JW. 1932, 725.

versagen, würde auch er keinen Schutz bieten können. Wir werden uns also der Schwenkung des RG. und damit der subjektiven Theorie nicht anschließen, denn nur bei der Anwendung der objektiven Theorie kann der § 419 BGB. eine wirksame Ergänzung der anderen Schutzbestimmungen sein, und nur so werden wir dem Zwecke dieser Gesetzesvorschrift gerecht.

Der Uebernehmer des Vermögens (und als solcher auch ein Sicherungsnehmer) haftet für alle Forderungen, die vor dem Zeitpunkt der Uebertragung entstanden sind [48]); Gläubigern, die erst nach dem Uebergange des Eigentums auf den Sicherungsnehmer eine Forderung gegen den Sicherungsgeber erworben haben, haftet der Sicherungsnehmer auf Grund des § 419 BGB. nicht.

Wenn man hier zwischen Neu- und Altgläubigern scheiden will, so weichen die Begriffe etwas von den von uns oben [49]) entwickelten ab und entsprechen denen des RG. in JW. 1932, 2524 [50]); Altgläubiger wären hier alle, deren Forderung schon vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstanden ist, auch wenn sie die Möglichkeit hatten, sie einzufordern, und wegen des auf einem Irrtum beruhenden Verzichts auf diese Möglichkeit oben von uns als Neugläubiger behandelt wurden. Neugläubiger sind also nur die, die erstmalig nach dem Abschluß des Sicherungsgeschäftes dem Schuldner Kredit gegeben haben; alle anderen sind Altgläubiger im Sinne des § 419.

Der § 419 trifft auch Bestimmungen über den Umfang der Haftung des Uebernehmers. Die Haftung ist beschränkt auf den Bestand des übernommenen Vermögens (Haftung cum viribus) und die ihm wegen dieses Geschäftes gegen den Schuldner zustehenden Ansprüche. Uebersteigen die Schulden diesen Bestand, so kann der Uebernehmer — Sicherungsnehmer — seine Haftung hierauf beschränken. Beruft er sich auf diese Haftungsbeschränkung, so wird dadurch eine Absonderung des übernommenen Vermögens — des Sicherungsgutes — von seinem sonstigen Vermögen herbeigeführt; gemäß Abs. II § 419 finden die §§ 1990, 1991 BGB. entsprechende Anwendung [51]).

[48]) Es kommt auf den Zeitpunkt der Uebereignung und nicht auf den des Abschlusses des Verpflichtungsvertrages an; vgl. RG. 130, 38; 137, 56; Biebergeil S. 23. Daraus geht hervor, daß bei der gewöhnlichen Vermögensübernahme, wenn sie entgeltlich erfolgt, der Ersatzanspruch des Uebernehmers gegen den Schuldner wegen der Inanspruchnahme auf Grund des § 419 kein Anspruch ist, auf Grund dessen die Haftung des Uebernehmers mit dem übernommenen Vermögen eintritt.

[49]) s. o. § 21 S. 66 zu Anm. 2.

[50]) = RG. 136, 254.

[51]) RG. 137, 53/55; die Befriedigung erfolgt durch Zurverfügungstellung des übernommenen Vermögens zur Zwangsvollstreckung; nur so wird eine gerechte Befriedigung garantiert; die Haftung tritt ein cum viribus und nicht pro viribus, wie sich aus der Nichtanwendbarkeit des § 1992 (Satz 2) ergibt.

Der Sicherungsnehmer selber hat nun auch eine Forderung, nämlich die, zu deren Sicherung die Uebereignung erfolgt ist. Kann er sich nun wegen dieser Forderung aus den ihm übereigneten Werten vorwegbefriedigen [52]), oder tritt er als Gleichberechtigter neben die anderen Gläubiger [53]), oder muß er sich gar alle anderen Gläubiger vorgehen lassen? Da die Haftungsbeschränkung nur dann praktisch wird, wenn die Schulden den Vermögensbestand übersteigen, hätte eine Befriedigung des Sicherungsnehmers gleichmäßig mit den anderen Gläubigern und neben diesen eine quotenmäßige Verteilung des Sicherungsgutes zur Folge; eine derartige gleichmäßige Verteilung kennt aber die Rechtsordnung nur für das Konkursverfahren (und die Zwangsvollstreckung in einzelnen besonders gelagerten Fällen).

Diese gleichmäßige Verteilung tritt nur auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften ein, wie sie aber für den Fall des § 419 BGB. nicht vorgesehen sind [54]). Es kommt also nicht in Betracht, daß der Sicherungsnehmer mit seiner Forderung neben die übrigen Gläubiger zu einer gleichmäßigen Befriedigung tritt. Auch daß der Sicherungsnehmer sich alle anderen Forderungen vorgehen lassen muß, kommt nicht in Frage, da kein Grund zu einer derartigen Benachteiligung einzusehen ist, denn er ist genau so ein Altgläubiger wie die, für deren Forderung er haften muß.

Der Uebernehmer kann von seinen eigenen Forderungen die geltend machen, die v o r der Uebernahme bzw. Uebereignung entstanden waren [55]); die zu sichernden Kredite können vor bzw. gleichzeitig mit dem Sicherungsgeschäft hingegeben worden sein; die Sicherung kann aber auch für zukünftige Kredite eingeräumt worden sein. Der Anspruch aus diesen späteren Krediten kann nicht auf Grund des § 419 geltend gemacht werden; die anderen Ansprüche sind denen der dritten Gläubiger, die sich auf § 419 berufen dürfen, gleichgeartet.

Anders läge es für einen Vermögensübernehmer, der als Gegenleistung einen Kaufpreis gezahlt hat. Er kann den Regreßanspruch, der infolge der Inanspruchnahme durch die Gläubiger auf Grund des § 419 nunmehr aus dem Vermögensübernahmegeschäft gegen den Uebertragenden entsteht, nicht auf Grund des § 419 geltend machen, ist also diesen Gläubigern gegenüber in keiner Weise an der Befriedigung beteiligt [56]), denn er ist Neugläubiger.

---

52) so Boschan, Recht 1912, 427; Fachinger, S. 73; Jacusiel, S. 44; Stammreich S. 37. RG. 82, 278; RG. Gruch. 58, 940.

53) So Hoeniger Sü. S. 129, 131; Schönfeld S. 78 Anm. 2.

54) RG. 137, 56.

55) RG. 137, 56.

56) s. o. S. 88 Anm. 48.

Wenn es immer wieder heißt, ein „Vorabzug" des „Entgelts", der „Gegenleistung", der „Unkosten des Erwerbs"[57]) fände nicht statt, so führt diese Ausdrucksweise zu irrigen Vorstellungen; die Gegenleistung, die vor der Vermögensübernahme erfolgt ist, ist nur die Grundlage für ein jetzt auf Grund des Vermögensübernahmevertrages wegen dessen Verletzung ganz n e u entstehenden Ersatzanspruches. Es ist also immer zu beachten, was da als hingegebene Gegenleistung jetzt z u r ü c k gefordert, bzw. als Ersatz gefordert wird.

Es hat jeder Altgläubiger, auch der Sicherungsnehmer selber, soweit er ein Altgläubiger ist, freien Zugriff in das zur Sicherheit übertragene Vermögen; da der Sicherungsnehmer diesem am nächsten ist, kommt er natürlich zuerst, was einer Vorwegbefriedigung praktisch gleichkommt[58]); mit Rücksicht darauf, daß er seine eigene Verurteilung nicht betreiben kann, muß er einem Gläubiger gleichgestellt werden, der ein rechtskräftiges Urteil gegen den Sicherungsnehmer erlangt hat[59]), womit eben die Vorwegbefriedigung für ihn eintritt, denn die rechtskräftige Verurteilung wirke den Gläubigern gegenüber schon als tatsächliche Befriedigung.

---

[57]) RG. 69, 288; 137, 52.

[58]) Ebenso wie der Erbe es für seine Forderungen gem. §§ 1990, 1991 tun darf; vgl. hierzu RG. Warn. 7, 301 ff. Vgl. auch Anm. 52.

[59]) RG. 137, 54 gestattet auch, daß der Uebernehmer sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (§ 794, 5 ZPO).

Teil IV.

§ 26. Das Verhältnis der Bestimmungen zueinander.

Es ist denkbar und wird sogar praktisch meist der Fall sein, daß der Sachverhalt einer Sicherungsübereignung, die das gesamte Vermögen des Schuldners ergreift, gleichzeitig den Tatbestand der §§ 826, 138, 419 BGB. und des Anfechtungsgesetzes (§ 3 Ziff. 1) erfüllt. Das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander muß nun untersucht werden, um die Frage zu klären, ob sie nebeneinander anwendbar sind oder einander ausschließen.

Will man prüfen, ob das Vorliegen des Tatbestandes der einen dieser Vorschriften die Anwendung der anderen ausschließt, dann muß man zwei Gesichtspunkte streng scheiden; es kann zwischen den einzelnen Vorschriften Gesetzeskonkurrenz vorliegen und das Zutreffen der spezielleren Norm die Anwendbarkeit der allgemeineren Vorschrift ausschließen; es ist aber auch möglich, daß vom gesetzestechnischen Standpunkt aus der Anwendbarkeit der Vorschriften nebeneinander nichts entgegensteht, tatsächlich aber die Folgen der Anwendung der einen Vorschrift, die Anwendung einer anderen gegenstandslos machen.

Wir haben oben [1]) gesehen, daß die §§ 138 und 826 BGB. einander nicht ausschließen, daß aber die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung gemäß § 138 oft zur Folge haben wird, daß ein weiterer Schaden nicht entstanden ist, infolge der Anwendung dieser Vorschrift nun ein Tatbestandsmerkmal der anderen entfallen ist. Ebenso haben wir oben [2]) schon festgestellt, daß infolge der Nichtigkeit auch die Anfechtung gegenstandslos werden kann. Die Anwendbarkeit des § 419 entfällt auch mit der Feststellung der Nichtigkeit der Uebertragung, da es dann an diesem Tatbestandsmerkmal des § 419 fehlt.

Einige Schriftsteller meinen nun, daß die §§ 138, 826 nicht neben der Möglichkeit der Anfechtung und der Haftungserstreckung (419 BGB.) zu einer *freirechtlichen* Einschränkung des Rechtes auf Sicherung führen dürften [3]), daß man *außer* der *Anfechtung* keinen *Schutz* gegen einen fraudulosen Schuldner hätte [4]). Andererseits wird die Möglichkeit des Nebeneinanderstehens ohne jeden Vorbehalt bejaht [5]) und noch darauf hingewiesen, daß, wie wir eben gezeigt haben,

---

[1]) s. oben zu § 18 S. 58.

[2]) s. oben § 24 S. 75 (zu Anm. 11—13).

[3]) Dove JW. 1921, 1364; Bauer-Mengelberg JW. 1931, 2090.

[4]) von Tuhr JW. 1925, 471: „. . .daß die Benachteiligung der Gläubiger vom Anfechtungsgesetz erschöpfend geregelt ist und nicht in einzelnen schwer abzugrenzenden Fällen als Nichtigkeitsgrund gelten soll".

[5]) Bauer-Mengelberg S. 41; Enneccerus-Lehmann § 86 II, 2; Jaeger AnfG. § 1 Anm. 10.

dann praktisch der § 138 I BGB. den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes und des § 419 BGB. vorgeht [6]).

Die Anwendung der Generalklausel, wie sie die auf die guten Sitten bezüglichen Vorschriften der §§ 138, 826 BGB. darstellen, ist ausgeschlossen, wenn der Tatbestand einer einschlägigen Spezialvorschrift erfüllt ist. Nun kann sich aber die merkwürdige Sachlage ergeben, daß diese Generalklauseln sich wiederum den einschlägigen Bestimmungen gegenüber als die speziellere Norm darstellen, wenn der vorliegende Sachverhalt über den Rahmen der einschlägigen Bestimmung hinaus weitere Tatbestandsmerkmale aufweist, die nun wieder die Anwendung der §§ 138, 826 BGB. fordern.

Wie wir oben [7]) bei der Zusammenfassung der auf die wegen zu großen Umfanges angreifbaren Sicherungsübereignung anwendbaren Vorschriften gesehen haben, kann, wenn nur einzelne Gegenstände übertragen worden sind, überhaupt nur die Anwendung des § 3 AnfG. in Frage kommen. Wenn nun das gesamte Vermögen des Schuldners zur Sicherheit übereignet wurde, dann kommt es auf den subjektiven Tatbestand an. Liegt ein subjektiver Tatbestand nicht vor, dann kann nur § 419 Anwendung findend (ebenso dann, wenn der subjektive Tatbestand sich nur darauf bezieht, daß es das ganze Vermögen war, das übertragen wurde); weiß der Sicherungsnehmer nicht, daß er das ganze bzw. so gut wie das ganze Vermögen des Schuldners in die Hand bekommt, hat er aber andererseits Kenntnis von dem Willen des Schuldners, seine übrigen Gläubiger zu benachteiligen, dann kann der § 3 AnfGes. Anwendung finden und daneben der § 419 BGB. (welche Ansprüche für Altgläubiger nebeneinander stehen); kennt der Sicherungsnehmer die Verhältnisse des Schuldners, weiß er also, daß die Sicherungsübereignung zu umfangreich ist, und daß daraus für andere eine Schädigungsmöglichkeit erwächst, so geht das Handeln in dem Bewußtsein dieser Schädigungsmöglichkeit über den Tatbestand des § 3 AnfGes. (und selbstverständlich des § 419 BGB.) hinaus [8]), und die Bestimmungen §§ 138, 826 BGB. haben Anwendung zu finden, denn es liegt in der Form der Gefährdung ein höherer Grad der Verwerflichkeit als in der für § 3 AnfGes. erforder-

---

[6]) Schönfeld S. 77; RGGruch. 57, 920.

[7]) s. oben § 25 S. 84.

[8]) Vergl. hierzu RG. 74, 224 ff.; insbes. 227: „Dem Tatbestand des Anfechtungsgesetzes kann ein an sich fremdes Moment hinzugefügt werden — Verschleierung der den Gläubiger schädigenden Machenschaften — aber noch andere solche Gesichtspunkte, wie ....“ und als solche sehen wir auch die Form der Benachteiligung durch Entziehung aller gegenwärtigen und zukünftigen Zugriffsmittel nebst der daraus folgenden Vernichtung der wirtschaftlichen Selbständigkeit an.

Vgl. auch RG. Warn. 1929 Nr. 164.

lichen Beteiligung an der Benachteiligung durch den Schuldner [9]). Daneben aber bleibt die Anfechtung möglich [10]), denn es ist ja auch die Anfechtung nichtiger Geschäfte möglich, und die Rechte bzw. Ansprüche der Gläubiger aus § 826 BGB. und dem Anfechtungsgesetz können nebeneinander bestehen, wenn sie auch auf den gleichen Erfolg abzielen, also durch Erfüllung des einen auch der andere erledigt wird.

Dagegen ist die Tatsache, daß ein weitergehender Schaden entstanden ist, als durch Anwendung der §§ 419 BGB., 3 AnfGes. ausgeglichen wird, gerade kein Grund, den § 826 BGB. anwenden zu dürfen, denn wenn sonst nur der Tatbestand der Spezialbestimmungen vorliegt, so wollen diese es ja gerade verhindern, daß noch eine weitergehende Ersatzpflicht eintritt.

§ 27. Die praktische Anwendung der Schutzbestimmungen.

In den von uns behandelten Fällen der Kreditsicherung mittels Sicherungsübereignung verbleibt der Besitz bzw. die tatsächliche Verfügungsmacht über die als Sicherung übereigneten Gegenstände bei dem Schuldner, dem Sicherungsgeber [1]). Diese Sachlage führt nun nicht nur bei der Hingabe von Krediten durch Dritte zu deren Täuschung über die Kreditwürdigkeit des Schuldners, sondern führt auch im Falle der Zwangsvollstreckung dazu, daß diese Sachen, die im Eigentum des Sicherungsnehmers stehen, für andere Gläubiger des Sicherungsgebers gepfändet werden. Der Sicherungsnehmer geht nun auf Grund seines Eigentums etc. gemäß § 771 ZPO. [2]) gegen diese Zwangsvollstreckungsmaßnahmen vor und verlangt Beseitigung der Zwangsvollstreckung. Demgegenüber begründet der dritte Gläubiger seinen Antrag auf Klageabweisung mit der Berufung auf die von uns dargestellten Vorschriften,

---

[9]) RG. JW. 1932, 2524 = RG. 136, 256 ist hier sehr mißverständlich, wenn, um den Gegensatz zum Kreditbetrug herauszustellen, gesagt wird, Gründe und Grad der Verwerflichkeit beim Anfechtungstatbestand und bei der Kredittäuschung (dort Gläubigergefährdung genannt) lägen auf einer Linie; sie sind ähnlich, aber schon durch die Kenntnis von dem Umfang der Sicherungsübereignung und der daraus entstehenden Sachlage ist der subjektive Tatbestand der Gläubigergefährdung ein schwerer als der der Gläubigerbenachteiligung, die zur Anfechtung führt.

[10]) Enneccerus-Lehmann § 230 Anm. 25; Jaeger, AnfGes. § 1 Anm. 10; Mentzel § 29 Bem. 2 d; Warneyer, Anf.G. § 3 Bem. A I (S. 68).
RG. JW. 1931, 518; RG. Gruch. 57, 920;
RG. Warn. 1930 Nr. 67; OLG. Kiel, Schlesw.Holst.Anz. 1912, 53.

[1]) s. o. § 1 S. 2 (zu Anm. 11).

[2]) Vgl. darüber, daß der Sicherungseigentümer ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO. hat und nicht auf den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO. beschränkt ist, Schirdewahn, a. a. O. S. 201, und die dort Angeführten (das Zitat „Weinhausen“ heißt für die von uns benutzte 4. Aufl.: S. 109).

die seinem Schutze dienen. Er kann die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung auf Grund des § 138 BGB. einwenden, da sich hierauf jedermann berufen kann, oder er wird gegebenenfalls die Einrede erheben, daß der Intervenient arglistig handele, wenn er die Freigabe von Gegenständen verlange, die er selbst sogleich wieder zur Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellen müsse (§ 419 BGB., § 3 AnfGes., §§ 826, 249 BGB.)[3].

Weiter wird der Schutz der dritten Gläubiger vor der zu weitgehenden Sicherungsübereignung auch noch wichtig im Konkurse des Schuldners. Auf die Nichtigkeit gem. § 138 BGB. kann sich der Konkursverwalter wie jedermann berufen; für die Anfechtung durch den Konkursverwalter sind in der Konkursordnung besondere Bestimmungen vorgesehen (§§ 29 ff. KO.), er kann also nicht auf Grund derselben Bestimmungen wie die Gläubiger vorgehen. Das Konkursverfahren ergreift nur das Vermögen des Gemeinschuldners[4], und der Konkursverwalter hat nur dieselben Rechte wie auch der Gemeinschuldner[5]; er kann deshalb nicht die Rechte, die dritten Gläubigern auf Grund der §§ 419, 826 zustehen, geltend machen. Es ist hierfür gleichgültig, ob man der Amts- oder der Vertretungstheorie[6] folgt. Selbst wenn der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger wäre (h. L. a. M.), zur Wahrnehmung deren Interessen er ja unzweifelhaft da ist, so würde er doch nicht zur Geltendmachung jedes Rechtes befugt sein, das diesen zusteht; sondern er ist nur befugt, in Bezug auf den beschränkten Rechtskreis, den ihm die Konkursordnung anweist, und diese überträgt ihm nur die Befugnis der Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners. Das wird verkannt, wenn zugunsten des Konkursverwalters, der ja die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen hätte, der § 826 BGB. für anwendbar erklärt wird[7], während nur der oder die Gläubiger, die geschädigt wurden, zur Geltendmachung dieses, ihres Anspruchs befugt sind[8].

---

[3]) Asch, JW. 1912, 67; Biebergeil, S. 32ff.; Mentzel § 29 Bem. 2 b; Oertmann § 419 Bem. 3; RG. Warn. 1912 Nr. 158; RG. JW. 1928; 766; OLG. 29, 193; 45, 138.

a. M. RG. 86, 426; OLG. 13, 186; 18, 397; und neuerdings OLG. Düsseldorf, JW. 1931, 3565 für § 419 „ohne nähere Begründung" wie Biebergeil JW. 1932, 197 unter Anführung von Belegen für die herrschende Rspr. ausführt.

[4]) § 1 I KO., vgl. RG. JW. 1931, 518.

[5]) § 6 Abs. II mit Abs. I KO., vgl. Mentzel Bem. 7 hierzu.

[6]) Vgl. hierzu Mentzel § 6 Bem. 6.

[7]) RG. 77, 201 (= JW. 1911, 811, allerdings gekürzt).

[8]) So auch Hoeniger, JW. 1931, 515; Winckler, DJZ. 1932, Sp. 1281. RG. JW. 1931, 518.

Lebenslauf.

Am 19. Dezember 1909 wurde ich in Berlin als Sohn des Kaufmanns Ludwig Krotoschiner geboren; ich besuchte drei Jahre die Vorschule und neun Jahre die Gymnasialabteilung der Goethe-Schule zu Berlin-Wilmersdorf; Ostern 1928 bestand ich daselbst die Reifeprüfung und widmete mich nun dem Studium der Rechtswissenschaft.

Je ein Semester besuchte ich die Universitäten zu Freiburg i. Br., Köln und Genf; die vier letzten studierte ich an der Universität zu Berlin. Am 20. Februar 1932 bestand ich die erste juristische Prüfung bei dem Kammergericht zu Berlin und wurde am 26. März 1932 zum Referendar ernannt. Zur Ausbildung im Vorbereitungsdienst wurde ich zunächst dem Amtsgericht Fürstenwalde (Spree), dann dem Landgericht I zu Berlin überwiesen. Während des Sommersemesters 1932 war ich beurlaubt und als Hörer bei der Universität zu Freiburg i. Br. eingeschrieben.